



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

50

Thomas Gutmann

Recht als Kultur?

Über die Grenzen des
Kulturbegriffs als normatives
Argument



Nomos Verlag

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber †
und Edgar Michael Wenz †

Heft 50

Thomas Gutmann

Recht als Kultur?

Über die Grenzen des Kulturbegriffs
als normatives Argument



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-2766-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-7126-2 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

I.	Prolegomena	7
	1. Das Recht im Wissenschaftssystem	7
	2. Rechtliches Begründen	13
II.	Kultur, Werte, Identitäten	17
III.	Kultur als Begriff der rechtswissenschaftlichen Methode	27
	1. Kulturphilosophie	28
	2. Der Begriff der „Rechtskultur“	32
	3. Kultur – Menschenbild – Recht	38
IV.	Kultur als materielles normatives Argument	45
	1. Der simple kulturalistische Fehlschluss	45
	2. Harte Kommunitarismen	47
	3. Das Recht des Multikulturalismus	51
	4. Die ‚Kultur des Abendlands‘	54
	5. Poststrukturalistische Phantasmagorien	57

I. Prolegomena

Jede Wissenschaft, die Recht (auch) als Kultur begreifen möchte, leidet an der Unterbestimmtheit des Kulturbegriffs. Der Terminus Kultur ist schillernd¹, die Zahl seiner möglichen Verwendungsweisen ist nahezu unbegrenzt. Nimmt man ihn in seiner breitesten Bedeutung als das, wodurch sich die Tätigkeit unserer Spezies von bloßer Natur unterscheidet, d.h. als die „ganze Summe der Leistungen und Einrichtungen, in denen sich unser Leben von dem unserer tierischen Ahnen entfernt und die zwei Zwecken dienen: dem Schutz des Menschen gegen die Natur und der Regelung der Beziehungen der Menschen untereinander“² (Freud), ist Recht natürlich ein Kulturphänomen. Wie fast alles.

1. Das Recht im Wissenschaftssystem

Entsprechend unbegrenzt ist die Zahl möglicher wissenschaftlicher Perspektiven auf den Gegenstand Recht. Auch wenn man anerkennt, dass das Kerngeschäft oder „Proprium“³ der Rechtswissenschaft in der Dogmatik liegt, der um Kohärenz bemühten Systematisierung der Materien des positiven Rechts, so gehen die Rechtswissenschaften (im Plural)⁴ darin doch nicht auf. Sie können und müssen qua Wissenschaft auch Fragen stellen und Probleme konstruieren, die den juristi-

1 Alfred Kroeber und Clyde Kluckhohn haben in ihrer Begriffsgeschichte von „Kultur“ für den Zeitraum von 1870 bis 1950 insgesamt 164 Definitionen zusammengetragen, vgl. *dies.*, *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*, 1952.

2 Sigmund Freud, *Das Unbehagen in der Kultur* [1930], in: *ders.*, Studienausgabe, Band IX, 1974, 191-270, 220.

3 Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.

4 Zu einem „rechtswissenschaftspluralistischen“ Konzept der Jurisprudenz als komplexem „Disziplin-Cluster“, in dem konkurrierende (sub-)disziplinäre Rationalitäten selbständig nebeneinanderstehen, Matthias Jestaedt, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, in: *ders./Oliver Lepsius* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 185-205, 197.

schen Anwendungsbezug hinter sich lassen. Der Wissenschaftsrat betont zu Recht, dass sich das Potential der Jurisprudenz als *Wissenschaft* erst dort realisiert, wo sich interdisziplinärer Austausch und die „Öffnung der Rechtswissenschaft in die Universität wie in das Wissenschaftssystem“ ereignen, wo es um eine Einordnung des Phänomens „Recht“ etwa in makrosoziologische, wirtschafts-, politik- und geschichtswissenschaftliche oder gar ästhetische Zusammenhänge und Perspektiven sowie um die Selbstverortung der Arbeit am Recht innerhalb dieser Horizonte geht.⁵ Wir sind, wenn wir wissen wollen, was das Recht leistet und anrichtet, wie es funktioniert, woraus es lebt, woher es kommt und wohin es sich bewegt, auf eine Vielzahl von Beobachterperspektiven verwiesen, von denen keine für sich reklamieren kann, die entscheidende zu sein. Nur muss man sich dabei klar machen, dass diese Perspektiven, disziplinär gesprochen, zunächst Beiträge zur Soziologie, zur Wirtschafts-, Politik- und Geschichtswissenschaft oder eben zur Ästhetik liefern.

Auf diese Weise kann man sich dem Recht auch kulturwissenschaftlich nähern.⁶ Dann wird man Kulturwissenschaft (in einer ihrer vielen Formen⁷) produzieren. Dies kann, wie die reichhaltig vorhandene Literatur zeigt, auf mehr oder weniger fruchtbare Weise geschehen.

- 5 Vgl. *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, November 2012, <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf> (30.6.2015), u.a. 7 (29: „Wenn die Rechtswissenschaft geschichtswissenschaftliche, linguistische, philosophische, sozial-, politik- und wirtschaftswissenschaftliche, psychologische, kriminologische und weitere Perspektiven integriert, schöpft sie aus dem Methodenrepertoire der entsprechenden Bezugswissenschaften. Auch dadurch richtet sie unterschiedliche Erkenntnisperspektiven auf ihren Gegenstand und entfaltet so die Vielzahl der Bedeutungsdimensionen des Rechts“). Vgl. hierzu *Thomas Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 93-116.
- 6 Es geht im Folgenden also nicht um ‚Kultur‘ im Sinne des Kulturverfassungs- und -verwaltungsrechts. Siehe hierzu *Sophie-Charlotte Lenski*, *Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung*, 2013, und *Claas F. Germelmann*, *Kultur und staatliches Handeln. Grundlagen eines öffentlichen Kulturrechts in Deutschland*, 2013.
- 7 Die Vielzahl kulturwissenschaftlicher Perspektiven ignoriert weitgehend die hergebrachten Grenzen der Disziplinen und Fächer der Geisteswissenschaften.

Obgleich Rufe nach einer „kulturalistischen“ Wende der Rechtswissenschaft nur vereinzelt zu hören sind, traf Hans Michael Heinigs Einschätzung aus dem Jahr 2003, dass auch „in den neueren rechtstheoretischen Debatten [...] das Kulturparadigma eine auffallend marginale Rolle“ spiele⁸, schon damals allenfalls noch auf die deutschsprachige Diskussion zu und beschreibt auch diese heute nicht mehr zutreffend.

Man kann die „Recht als Kultur“-Forschung, in der das Recht „zum legitimen Gegenstand der Kulturwissenschaften“⁹ werden soll, kultursoziologisch ausbuchstabieren und dabei mit Werner Gephart und anderen im Rückgriff auf Weber und die Durkheim-Schule mit der „kulturellen Dimension des Rechts“¹⁰ die Spezifika der Rationalisierungsdynamik des okzidentalen Rechts und zugleich die außerrechtlichen Funktionsvoraussetzungen rechtlicher Institutionen betonen, darunter das, was Hermann Heller den „nicht normierten Unterbau der Verfassung“¹¹ und Jürgen Habermas die lebensweltlichen Ressourcen der Solidarität¹² genannt haben. In entwicklungsgeschichtlicher Perspektive kann man mit Émile Durkheim¹³ und Charles Taylor¹⁴ das moderne Recht als Teil eines komplexen sozialen Vorstellungsschemas, eines *social imaginary*, begreifen, das seit dem 18. Jahrhundert unsere Praktiken und Institutionen durchdrungen hat.

8 Hans Michael Heinig, Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft. Bericht zur gleichnamigen Tagung am ZiF, Bielefeld am 04./05. April 2003, ZfRSoz 24 (2003), 95 ff.

9 Werner Gephart, Für eine geisteswissenschaftliche Erforschung von Recht im Globalisierungsprozess: das Projekt, in: ders. (Hg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung, 2012, 19-53, 19.

10 Werner Gephart, Recht als Kultur. Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts, 2006 (hier: Vorbemerkung, XI-XIII, XI).

11 Hermann Heller, Staatslehre, 1934, 27; hier zitiert nach Horst Dreier, Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen, in: ders./Eric Hilgendorf (Hg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, 11-28, 27.

12 Vgl. u.a. Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, 366.

13 Émile Durkheim, Der Individualismus und die Intellektuellen [1898], in: Hans Bertram (Hg.), Gesellschaftlicher Zwang und moralische Autonomie, 1986, 54-70, 57 f., 63.

14 Charles Taylor, Modern Social Imaginaries, 2004, und ders., Ein säkulares Zeitalter, 2009, 275 ff., 703 ff.

Versteht man unter ‚Kultur‘ die menschliche Welt als „*signifying system*“¹⁵, als Produkt bedeutungs- und sinngenerierender symbolischer Formen¹⁶, Strukturen, Codes und Zeichensysteme¹⁷, liegt es nahe, auch das Recht als eine jener ‚symbolischen Wirklichkeiten‘ zu verstehen, mit deren Hilfe wir unser Weltverhältnis strukturieren.¹⁸ Man kann dann in einer „Kultursemiotik des Rechts“¹⁹ die symbolischen Repräsentationen²⁰, Inszenierungen, Narrative, „Kulturtechni-

15 *Raymond Williams*, *Culture*, 1981, 13 („the signifying system through which necessarily [...] a social order is communicated, reproduced, experienced, and explored“).

16 *Ernst Cassirer*, *Philosophie der symbolischen Formen*, 3 Bände [1923-1929], 1964. Siehe dazu *Stephan Kirste*, Ernst Cassirers Ansätze zu einer Theorie des Rechts als symbolische Form, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hg.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, 2007, 177-189, der freilich im Ungefähren lässt, was genau man sich unter dem Projekt einer „kulturwissenschaftliche[n] Begründung des Rechts“ (!) (178, Herv. T.G.) vorzustellen hätte.

17 Zum Überblick: *Roland Posner*, Kultur als Zeichensystem. Zur semiotischen Explikation kulturwissenschaftlicher Grundbegriffe, in: Aleida Assmann/Dietrich Harth (Hg.), *Kultur als Lebenswelt und Monument*, 1991, 37-74. Vgl. zum semiotischen Paradigma der Kulturwissenschaft und -philosophie zusammenfassend *Christoph Jamme*, Symbolische Geltungsansprüche von Kulturen, in: Friedrich Jaeger/Burkhard Liebsch/Jörn Rüsen/Jürgen Straub (Hg.), *Handbuch der Kulturwissenschaften*, 2004, Band 1, 207-218.

18 „[Law is] part of a distinctive manner of imagining the real“, so *Clifford Geertz*, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, 1983, 184. Vgl. etwa auch *Lawrence Rosen*, *Law as Culture. An Invitation*, 2006 (11: „one can [...] see law as contributing to the formation of an entire cosmology, a way of envisioning and creating an orderly sense of the universe, one that arranges humanity, society, and ultimate beliefs into a scheme perceived as palpably real“). Zum Recht als „Imaginationsform“ auch *Ulrich Haltern*, *Europarecht und das Politische*, 2005, 17f. („Das Recht konstituiert die Erfahrung des Selbst und des Anderen. Es ist Teil des kulturellen Bedeutungs- und Symbolgewebes, in das der Mensch verstrickt ist“); *ders.*, Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hg.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, 193-221, 207, oder *Stephan Kirste*, *Literaturbericht Recht als Kultur*, ARSP 96 (2010), 263-269, 264.

19 *Gephart*, *Erforschung* (Fn. 9), 23.

20 *Gephart*, *Recht als Kultur* (Fn. 10), 107 ff., 296 ff.

ken²¹, „Medien“²² und Metaphoriken²³ des Rechts beleuchten, das Recht also etwa auf seine Medialität, seine Textualität²⁴, seine Bildlichkeit oder seine Topologie²⁵ hin untersuchen. Man kann mit Thomas Vesting die kulturelle Evolution von Sprache, Schrift, Buchdruck und Computernetzwerken als den medialen Raum nachzeichnen, in dem sich praktisches (Regel-)Wissen und damit auch Recht ausbildet.²⁶ Auch Literatur²⁷, Film²⁸ und Architektur lassen sich im Rahmen von „*cultural legal studies*“²⁹ als „Kulturformen des

- 21 Cornelia Vismann, In judicio stare. Kulturtechniken des Rechts, in: Werner Gephart (Hg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung, 2012, 323-334; und *dies.*, Akten. Medientechnik und Recht, 2000.
- 22 Siehe Cornelia Vismann, Medien der Rechtsprechung, 2011; Thomas Vesting, Synopsis – Rechtstheorie als Medientheorie – Überlegungen zur Notwendigkeit der Verknüpfung von Sprachtheorie und Medientheorie, Supplement I, *Ancilla iuris* 2010, 47-88. Zur „öffentlichen Ästhetik“ der Lesbarkeit des Staates vgl. Michael Kilian, Texte und Zeichen im öffentlichen Raum, *JÖR* 61 (2013), 411-447.
- 23 Zur Bedeutung der Körpermetaphorik vgl. Albrecht Koschorke/Susanne Lüdemann/Thomas Frank/Ethel Matala de Mazza, Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas, 2007.
- 24 Zum Modell der „culture as text“ Clifford Geertz, Deep Play: Notes on the Balinese Cockfight, in: *ders.*, The Interpretation of Cultures. Selected Essays, 1993, 412-453, 448 ff.
- 25 Sabine Müller-Mall, Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law, 2013. Siehe auch (zurückhaltend) Horst Dreier/Fabian Wittreck, Rechtswissenschaft, in: Stefan Günzel (Hg.), Raumwissenschaften, 2008, 338-353 und Ulrich Haltern, Raum – Recht – Integration. Ein Beitrag zum Verständnis von Souveränität, in: Petra Deger/Robert Hettlage (Hg.), Der europäische Raum, 2007, 209-227.
- 26 Thomas Vesting, Die Medien des Rechts, 4 Bände, 2011-2015.
- 27 Die Fruchtbarkeit der Law & Literature-Forschung kann an dieser Stelle nicht gewürdigt werden. Stellvertretend James Boyd White, The Legal Imagination, 1973, und Richard H. Weisberg, Poethics and other Strategies of Law and Literature, 1992 (für ein Paradigma, das die Literatur als Quelle und Ort ethischer und politischer Kritik des Rechts begreift) sowie Greta Olson, Futures of Law and Literature. A Preliminary Overview from a Culturalist Perspective, in: Christian Hiebaum/Susanne Knaller/Doris Pichler (Hg.), Recht und Literatur im Zwischenraum. Aktuelle inter- und transdisziplinäre Zugänge, 2015, 37-69.
- 28 Austin Sarat/Lawrence Douglas/Martha Merrill Umphrey (Eds.), Law on the Screen, 2005; Austin Sarat (Ed.), Imagining Legality. Where Law Meets Popular Culture, 2011.
- 29 Cassandra Sharp/Marett Leiboff, Cultural Legal Studies: Law's Popular Cultures and the Metamorphosis of Law, 2015, 3 ff. m.w.N.; Crystin Davies/Sara Knox, Cul-

Rechts³⁰ begreifen. Es handelt sich bei alledem allerdings nicht um einen *cultural turn* der Rechtswissenschaft, sondern um einen „*judicial turn*“ der Geisteswissenschaften³¹.

Neuere Ansätze der Kultur- und Sozialwissenschaften verstehen ‚Kultur‘ weniger als Zeichenstruktur oder Interpretationsgemeinschaft denn als dynamisches Bündel miteinander verbundener, verkörperter sozialer Praktiken, denen ein implizites, aber geteiltes Wissen um eingespielte Prozeduren, Techniken und Verhaltensregeln zugrunde liegt.³² Folgt man diesem *performative turn* und seinem Blick auf die Vollzugswirklichkeit des Sozialen, so lässt sich auch die Beobachtung des Rechts praxistheoretisch reformulieren, der Blick „von Dogmatik auf Pragmatik“³³ bzw. auf Ritualität umstellen oder das ‚juristische

tural Studies of Law, 2014; zum Überblick *Naomi Mezey*, Mapping a Cultural Studies of Law, in: Austin Sarat/Patricia Ewick (Eds.), *The Handbook of Law and Society*, 2015, 39-55. Die geistes- und kulturwissenschaftliche Perspektive auf das Recht hat sich bereits früh als Gegenmodell zum *Law and Economics*-Ansatz verstanden, vgl. *Owen M. Fiss*, The Challenge Ahead, *Yale Journal of Law and the Humanities* 1 (1988), viii-xi, ix ff.

30 *Gephart*, Erforschung (Fn. 9), 38.

31 Ebd., 21.

32 Vgl. *Karl H. Hörning*, Kultur als Praxis, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 1, 139-151. Siehe zur Dynamik des *cultural turn* in den Sozialwissenschaften, namentlich zur Kulturtheorie im Spannungsfeld von phänomenologisch/interpretativen und (neo- bzw. post-)strukturalistischen Perspektiven sowie zu textualistischen und praxeologischen Spielarten „kulturalistischer Theorievokabulare“ umfassend *Andreas Reckwitz*, Die Transformation der Kulturtheorien. Zur Entwicklung eines Theorieprogramms, 2012. Für die soziologische Seite des sozial- und kulturwissenschaftlichen Praxisparadigmas siehe *Theodore R. Schatzki*, *Social Practices. A Wittgensteinian Approach to Human Activity and the Social*, 1996 (dort S. 89 zu sozialen Praktiken als „a temporally unfolding and spatially dispersed nexus of doings and sayings“); *ders.*, *The Site of the Social. A Philosophical Account of the Constitution of Social Life and Change*, 2002; *ders./Karin Knorr Cetina/Eike von Savigny* (Eds.), *The Practice Turn in Contemporary Theory*, 2000 und zum Überblick *Frank Hillebrandt*, Soziologische Praxistheorien, 2014. Die Debatte beginnt in gewisser Weise mit Max Webers Grundbegriff des „Gemeinschaftshandelns“ als „menschliches Handeln, [das] subjektiv *sinnhaft* auf das Verhalten anderer Menschen bezogen wird“ (*ders.*, Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie [1913], in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hg. von Johannes Winckelmann, 1973, 427-474, 441).

33 *Vismann*, In iudicio stare (Fn. 21), 323.

Feld‘ als Ort der praktischen Auseinandersetzung über die in Rechtstexten situierten Formen symbolischen Kapitals und sozialer Macht analysieren.³⁴

Dem vorliegenden Text kann es nach alledem also nicht darum zu tun sein, die kulturwissenschaftlichen Perspektiven auf das Recht als Forschungsrichtung zu kritisieren³⁵ – das hieße, sich darüber zu beschweren, dass es außer der Rechtswissenschaft noch andere Wissenschaften gibt. Es soll im Folgenden vielmehr allein um die *normativen* Implikationen der Verwendung des Kulturbegriffs im Recht gehen und damit um die Frage, was der Begriff der Kultur zur *internen* Perspektive der Rechtswissenschaft, also zur *Eigenreflexion* des Rechts, beitragen kann. Die Antwort dieses Beitrags wird lauten: Nichts, außer Verwirrung.

2. Rechtliches Begründen

Recht ist, sowohl in seiner Anwendung als auch in seiner wissenschaftlichen Behandlung, ein auf die Idee von Kohärenz bezogenes interpretatives Konzept³⁶ und zugleich eine interpretative Praxis.³⁷ Ungeachtet des dezisionistischen Moments demokratischer Gesetzgebung, ja des (in den Worten Horst Dreiers) „Irrationalitätsprivilegs der

34 *Pierre Bourdieu*, La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en sciences sociales 64 (1986), 3-19.

35 Dies tut etwa *Klaus F. Röhl* in seinem elektronischen Lehrbuch zur Rechtssoziologie, § 15 III, http://rechtssoziologie-online.de/?page_id=450 (10.8.2015).

36 *Ronald Dworkin*, Law’s Empire, 1986, 410. Zum Überblick über Konzepte der Interpretation und Kohärenz in der Rechtstheorie vgl. *Julie Dickson*, Interpretation and Coherence in Legal Reasoning, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret/> (10.8.2015).

37 *Dworkin*, Law’s Empire (Fn. 36), 87 ff., 90, 410; *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, 119. Zur Übersicht siehe *Nicos Stavropoulos*, Legal Interpretivism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/> (10.8.2015).

Politik“³⁸ muss legitimes Recht einen Anspruch auf Richtigkeit im Sinne von prinzipiengeleiteter argumentativer Begründbarkeit und „rationale[r], durch gute Gründe gestützte[r] Akzeptabilität“³⁹ erheben. Dies gilt für die Rechtsordnung im Ganzen, für die einzelne Rechtsnorm und für das richterliche Urteil, und es gilt ebenso für die theoretische (dogmatische) Rekonstruktion des Rechts. Die Idee des liberalen Rechtsstaats lebt von der Vorstellung, dass den Rechtssubjekten (in den Worten Rainer Forsts) ein „Recht auf Rechtfertigung“ der für sie geltenden Normen zukommt.⁴⁰

Auch wenn wir die Mahnung ernst nehmen, dass gerade die deutsche dogmatische Rechtswissenschaft eine Tendenz zur Selbstermächtigung als Rechtsquelle und zu einem oft allzu leichtfüßigen Übergang von der Auslegung der *lex lata* zur Schaffung der *lex ferenda* zeigt⁴¹, so gilt doch, dass Rechtswissenschaft auch als Dogmatik auf Normenbegründung bezogen bleibt. Sie arbeitet nicht nur norm-deskriptiv, sondern auch norm-propositiv – sie schlägt dogmatische Lösungsan-

38 Horst Dreier, Bioethik. Politik und Verfassung, 2013, 78 ff.

39 Habermas, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 277; Alexy, Begriff (Fn. 37), 64 ff., 124, 132; Massimo La Torre, Die Evolution des Rechts und der Anspruch auf Fortschritt, in: Thomas Gutmann/Fabian Wittreck/Bernhard Jakl/Michael Städtler (Hg.), Evolution – Entwicklung – Epigenesis des Rechts (Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie, Münster 2012), 2016, im Druck.

40 Vgl. John Rawls, Politischer Liberalismus, 1998, 16; ders., Der Vorrang des Rechts und die Idee des Guten, in: ders., Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989, 1992, 364-397 und nunmehr Rainer Forst, Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten, in: ders., Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, 2007, 291-327.

41 Oliver Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, 39-62, 58; Matthias Jestaedt, Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, im selben Band, 117-137, 136f. Siehe zum Ganzen auch die weiteren Beiträge in diesem Band. Zur Problematik des Oszillierens der Dogmatik zwischen den Polen, Normwissenschaft, d.h. auf Normen bezogene Wissenschaft, und normative, d.h. selbst Normativität beanspruchende und setzende Wissenschaft zu sein, Matthias Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, 52.

sätze vor – und sogar norm-expressiv, also normsetzend, jedenfalls „soweit man ihr die Funktion einer kritischen Analyse von Rechtssetzung und Rechtsanwendung zuerkennt“.⁴² Rechtswissenschaft in einem engeren Sinn arbeitet am normativen Unternehmen des Rechts also nicht aus der Beobachter-, sondern aus der Teilnehmerperspektive.⁴³

Was hat nun der Kulturbegriff zu *diesem* Geschäft beizutragen? Er begegnet hier auf zwei Weisen: Als methodisches (III) und als materielles normatives Argument (IV). Die beiden Verwendungsweisen überschneiden sich; es empfiehlt sich dennoch, sie zunächst auseinanderzuhalten. Zuvor soll freilich danach gefragt werden, woraus sich die so beliebte Vorstellung von „Kultur“ als einer Geltungsquelle von Recht⁴⁴ speist (II).

42 *Ulfrid Neumann*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann (Hg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, ⁸2011, 385-400, 397.

43 *Dworkin*, Law's Empire (Fn. 36), 14.

44 *Gephart*, Erforschung (Fn. 9), 20.

II. Kultur, Werte, Identitäten

Kultur ist, in einer immer noch sehr weiten Bedeutung des Begriffs, der Ort der sinnhaften Erfassung und Aneignung der Welt. Menschen sind, weil sie „Kulturmenschen“ sind, begabt mit der Fähigkeit und dem Willen, bewußt zur Welt *Stellung* zu nehmen und ihr einen *Sinn* zu verleihen⁴⁵. Sie sind Bewohner „eine[s] symbolischen Universum[s]“⁴⁶, „hermeneutische“ bzw. „sich selbst interpretierende Tiere“⁴⁷, deren Welt wesentlich durch ihre jeweilige kulturelle Lebensform konstituiert wird und sie, mit einem Wort von Clifford Geertz, zu „kulturelle[n] Artefakte[n]“⁴⁸ macht. Dabei ist kulturelles Wissen in diesem Sinn primär implizites Wissen.⁴⁹ Kultur bezeichnet die Selbstverständlichkeit, Frag- und (scheinbare) Alternativlosigkeit lebensweltlicher Hintergrundgewissheiten und eingelebter Normalitätsspielräume in kommunikativ verfassten, wertintegrierten Beziehungen. Es lässt sich davon sprechen, dass gerade dieses nicht explizit gemachte Sprach- und Handlungswissen die Einheit kultureller Lebensformen konstituiert.⁵⁰

Kultur ist jedoch nicht nur „der Wissensvorrat, aus dem sich die Kommunikationsteilnehmer, indem sie sich über etwas in einer Welt

45 Zu dieser „logisch notwendigen Verankerung aller historischen Individuen an ‚Wertideen‘“ und einem entsprechenden Begriff der Soziologie als Kulturwissenschaft: Max Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis [1904], in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hg. von Johannes Winckelmann, 1973, 146-214, 180.

46 Ernst Cassirer, Versuch über den Menschen [1944], 1990, 50.

47 Charles Taylor, Self-interpreting animals, in: ders., Human Agency and Language. Philosophical Papers I, 1985, 45-76.

48 Clifford Geertz, Kulturbegriff und Menschenbild [1966], in: Rebekka Habermas/Niels Minkmar (Hg.), Das Schwein des Häuptlings. Beiträge zur historischen Anthropologie, 1992, 56-82; wieder in: Franz-Peter Burkard (Hg.), Kulturphilosophie, 2000, 203-230, 227.

49 Vgl. Joachim Renn, Wissen und Explikation. Zum kognitiven Geltungsanspruch von Kulturen, in: Handbuch der Kulturwissenschaften (Fn. 17), Band 1, 232-248, 233 f.

50 Ebd., 238.

verständigen, mit Interpretationen versorgen“⁵¹; Kulturen im Plural sind vielmehr notwendig auch von praktischen Geltungsansprüchen durchzogen.⁵² Sie sind um Werte zentriert und bestehen aus etablierten Praktiken, die an geteilten Erwartungshaltungen – also normativ – orientiert sind. Im Medium kulturellen Lebens beantworten Einzelne und soziale Gruppen deshalb auch die Frage, wer sie, für sich und in Abgrenzung zu Anderen, sind.⁵³ Kultur als sprachlich und symbolisch vermittelte gesellschaftliche Selbstbeschreibung und Selbstverständigung dient insoweit nicht zuletzt der Bildung und Sicherung dessen, was *faute de mieux* gerne als „kollektive Identität“ bezeichnet wird. Dabei hat Kultur eine historische Dimension; sie ist in ihrer Struktur nicht nur narrativ, sondern geschichtlich verfasst⁵⁴ und damit nicht beliebig. Individuelle und kollektive Erfahrungen werden in Prozessen der Überlieferung und hermeneutischen Aneignung von Traditionen kulturell vermittelt;⁵⁵ Bedeutungsmuster werden weitergegeben und gelernt. Traditionen können insoweit als „auf Dauer gestellte kulturelle Konstruktion[en] von Identität“⁵⁶ dienen, als in ihnen kulturelles Gedächtnis⁵⁷ aktiviert, also historische Sinnbildung ermöglicht wird.

51 Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, Band 2, 209.

52 Vgl. Matthias Kettner, Werte und Normen – Praktische Geltungsansprüche von Kulturen, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 1, 219-211. Zur Erklärungskraft des Konventionalismus für die Normentstehung und -geltung siehe Ludwig Siep, Normerzeugende Praxis, in: Frank Brosow/T. Raja Rosenhagen (Hg.), *Moderne Theorien praktischer Normativität. Zur Wirklichkeit und Wirkungsweise des praktischen Sollens*, 2013, 329-345.

53 Friedrich Jaeger/Burkhard Liebsch, Einführung, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 1, IX-XIII, XII.

54 Emil Angehrn, Kultur und Geschichte – Historizität der Kultur und kulturelles Gedächtnis, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 1, 385-400, 391.

55 Zu den Traditionstheorien Herders und Gadamers, die beide die Unausweichlichkeit dieser Prozesse betonten, vgl. etwa Bernd Auerochs, Tradition als Grundlage und kulturelle Präfiguration von Erfahrung, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 1, 24-37, 33 ff.

56 Aleida Assmann, *Zeit und Tradition*, 1999, 90. Zu Identitätskonstruktionen und ihrer Analyse siehe Aleida Assmann/Heidrun Frieße (Hg.), *Identitäten*, 1998.

57 Jan Assmann, Kollektives Gedächtnis und kulturelle Identität, in: ders./Tonio Hölscher (Hg.), *Kultur und Gedächtnis*, 1988, 9-19; Aleida Assmann, *Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses*, 32006 und zum Über-

Es ist dieser Befund einer ständigen sozialen Reproduktion von Handlungsmustern im Medium der ‚Kultur‘, der die Vorstellung nahe legt, es gäbe einen fließenden Übergang von der ‚Kultur‘ zu rechtlich verfassten Formen von Normativität. Diese Vorstellung wird weiter dadurch bekräftigt, dass auch die Anstöße zur Entwicklung des Rechts sich immer aus historischen, also kulturell vermittelten, Erfahrungen – insbesondere aus individuellen und kollektiven Unrechtserfahrungen – gespeist haben.⁵⁸ Die historische Dynamik von Rechtfertigungsansprüchen und sozialer Kritik weist immer auf diese Dimension zurück – so ist die Geschichte der Menschenrechte eine Geschichte der Erfahrung der Verletzung ebenjener Güter, die sie schützen sollen. Unsere Vorstellung des modernen „Selbst“ als frei handelndes und sich selbst verwirklichendes Individuum ist historisch entstanden⁵⁹; zugleich vollzieht sich auch die je ontogenetische Ausbildung individueller Autonomie – also dessen, was im Zentrum des modernen Rechts steht – in Form von Sozialisation und Enkulturation: Zu Individuen werden Menschen in intersubjektiven Anerkennungsverhältnissen⁶⁰, die als historisch situierte Gemeinschaften immer auch durch ihre Kultur ge-

blick über die internationale Diskussion *Wulf Kansteiner*, Postmoderner Historismus – das kollektive Gedächtnis als neues Paradigma der Kulturwissenschaften, in: Handbuch der Kulturwissenschaften (Fn. 17), Band 2, 119-139.

58 Siehe künftig *Thomas Gutmann/Sebastian Laukötter/Arnd Pollmann/Ludwig Siep* (Hg.), *Genesis und Geltung. Historische Erfahrung und Normenbegründung in Moral und Recht*, 2016.

59 Vgl. *Charles Taylor*, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, 1992, dt. *Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität*, 1996.

60 Vgl. *Michael Quante*, *Personale Autonomie und biographische Identität*, in: *Jürgen Straub/Joachim Renn* (Hg.), *Transitorische Identität. Der Prozesscharakter des modernen Selbst*, 2002, 32-55, 49 f.

prägt sind.⁶¹ Überhaupt ist ‚Kultur‘ eine Umwelt des Rechts.⁶² Das Funktionieren rechtlicher Institutionen ist in vielerlei Hinsicht davon abhängig, dass die Teilnehmer Rollenanforderungen erfüllen, die durch Sozialisationsprozesse, also im Medium der Kultur, vermittelt werden. Die empirischen Geltungsbedingungen von Normen hängen nicht zuletzt von einem Glauben der Einzelnen an die Legitimität der Rechtsordnung⁶³ und damit von der Rechtsaffinität kulturell vermittelter Milieus und ihrer Sinnhorizonte ab. Hinzu kommt die Bedeutung der „politischen Kultur“⁶⁴ eines Gemeinwesens, d.h. der Praktiken politischer Meinungsbildung und der Strukturen der Öffentlichkeit⁶⁵, für die Setzung positiven Rechts. Dabei können der historische Wandel von kollektiven Erfahrungen, Praktiken und Wertkonsensen und kulturell vermittelte Prozesse der Wertgeneralisierung auch der Änderung rechtlicher Institutionen ein förderliches Umfeld bieten⁶⁶ – oder eben nicht. Schließlich lassen sich auch bestimmte Elemente der rechtli-

- 61 Auch bei der Ausbildung moralischer Subjektivität liegen die Instanzen lebenswelt-abhängiger Sozialisierung und die Internalisierung konventioneller Formen der Moral vor den Individuierungsleistungen der betreffenden Subjekte selbst, vgl. *Jürgen Habermas*, Individuierung durch Vergesellschaftung. George Herbert Meads Theorie der Subjektivität, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. Main 1992, 187-241. Zur These, dass es die performative Praxis kulturell regulierter körperlicher Wiederholungen sei, die Subjekte (nicht nur in ihrer Gender-Identität) produziere, siehe *Judith Butler*, *das Unbehagen der Geschlechter*, 1990, 49 ff. und passim.
- 62 So *Röhl*, *Rechtssoziologie* (Fn. 35), § 15 V.
- 63 Hierzu *Max Weber*, *Kategorien* (Fn. 32), 446 und *ders.*, *Soziologische Grundbegriffe*, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hg. von Johannes Winkelmann, 1973, 541-581, 581.
- 64 Seit *Sidney Verba* und *Gabriel Almond*, *The Civic Culture*, 1963. Als Steinbruch: *Gunnar Falke Schuppert*, *Politische Kultur*, 2009.
- 65 Siehe die Diskussion seit *Jürgen Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* [1962], 1990 und *Alexander Kluge/Oskar Negt*, *Öffentlichkeit und Erfahrung* [1972], 1990. Zur Frage der „Erosion demokratischer Öffentlichkeit“ als Verfassungsvoraussetzung siehe die Berichte von *Bernd Holznapel* und *Hans-Detlef Horn*, in: *VVDStRL* 68 (2009), 382-449.
- 66 *Ludwig Siep*, *Konkrete Ethik. Grundlagen der Natur- und Kulturethik*, 2004, 35, 164 ff. und passim (dort 169 zum Konzept eines „vernünftigen, begründbaren Wertewandel[s]“). Man nehme als Beispiel nur den Rückgang der Homophobie in westlichen Gesellschaften.

chen Moderne, namentlich die Ausbreitung der Menschenrechte zu einem Rechtsregime mit weltweitem Anspruch, soziologisch kaum anders erklären als durch die Vorstellung eines globalen kulturellen Diffusionsprozesses, der zu einer Konvergenz von Werten und Institutionen führt, wie dies die im Anschluss an Durkheim und Weber formulierte Weltkultur-Theorie der Schule John W. Meyers⁶⁷ zeigt.⁶⁸

Die Summe dieser Befunde unterstützt gleichwohl die These von der „Kultur“ als einer Geltungsquelle von Recht“ *nicht*. Kulturtheorien des Rechts, die von einem fließenden Übergang von der ‚Kultur‘ zu rechtlich verfassten Formen von Normativität ausgehen, sehen sich drei Grenzen gegenüber.

Eine erste Grenze wird durch den Umstand markiert, dass bei der Integration moderner Gesellschaften Probleme funktionaler Koordination bewältigt werden müssen, die mit der Stabilisierung kollektiver Identitäten allein noch nicht thematisiert sind.⁶⁹ Komplexe Gesellschaften werden nicht primär normativ, sondern durch die Ausdifferenzierung von Funktionssystemen integriert. Die Reproduktion moderner Gesellschaften ist deshalb nicht schlechthin „an die Bedingung einer gemeinsamen Orientierung an tragenden Idealen und Werten ge-

67 John W. Meyer, Weltkultur. Wie die westlichen Prinzipien die Welt durchdringen, 2005 und hierzu Thomas Gutmann, Religion und Normative Moderne, in: Ulrich Willems/Detlef Pollack/Thomas Gutmann/Helene Basu/Ulrike Spohn (Hg.), Moderne und Religion. Kontroversen um Modernität und Säkularisierung, 2013, 447-488, 470 ff.

68 Als wenig ergiebig erscheint dem gegenüber die Ansicht von Hans Joas (Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte, 2011), die Genealogie der Menschenrechte sei in einem Prozess der Wertegeneralisierung zu verankern, der sich primär als innerchristliche Lerngeschichte darstelle. Siehe hierzu die Rezension von Thomas Gutmann, Soziologische Revue 37 (2014), 503-506; Bijan Fateh-Moghadam, Sakralisierung des Strafrechts? Zur Renaissance der Rechts- und Moralsoziologie Émile Durkheims, in: Hermann-Josef Große Kracht (Hg.), Der moderne Glaube an die Menschenwürde. Philosophie, Soziologie und Theologie im Gespräch mit Hans Joas, 2014, 129-150 sowie Horst Dreier, Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, 2013, 103 ff.

69 Vgl. Bernhard Peters, Die Integration moderner Gesellschaften, 1993, 92 ff., 229 ff.

bunden“⁷⁰, weil Wertorientierungen viel zu unspezifisch sind, um die Steuerung und Koordinierung ausdifferenzierter sozialer Teilsysteme leisten zu können.⁷¹ Rechtssysteme, die sich an dieser Aufgabe versuchen wollen, müssen anders und komplexer strukturiert sein als ihre Hintergrundkulturen.

Eine zweite Grenze für Kulturtheorien des Rechts liegt in dem Umstand, dass dem Prozess der Enttraditionalisierung⁷² eine konstitutive Funktion für das Selbstverständnis der Moderne und ihres Rechts zukommt. Spätestens im 19. Jahrhundert setzt sich die Einsicht durch, dass sich die Gehalte der praktischen (auch der rechtlichen) Vernunft, „weder in der Teleologie der Geschichte, noch in der Konstitution des Menschen auffinden, noch aus dem zufälligen Fundus gelungener Überlieferungen begründen“⁷³ lassen. Die Moderne ist, in den Worten Anthony Giddens’, die Institutionalisierung des Zweifels, d.h. eine Entwicklung, die tendenziell alle tradierten Gehalte unter Reflexionsdruck setzt.⁷⁴ Alles kann hinterfragt, jeder Geltungsanspruch kann überprüft werden. In dieser Perspektive kann die „Form des modernen Rechts als eine Verkörperung postkonventioneller Bewusstseinsstrukturen begriffen werden.“⁷⁵ In der „Normativen Moderne“⁷⁶ haben sich die Erwartungen an die Modi und die Inhalte normativen Begründens auf eine Weise verändert, die einem bloßen Rekurs auf lebensweltli-

70 So aber *Axel Honneth*, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, 2011, 18.

71 Für viele: *Niklas Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997; *ders.*, *Ökologische Kommunikation*, 1986. Jürgen Habermas kritisiert u.a. mit seiner These der Verrechtlichung als „Kolonisierung der Lebenswelt“ die dysfunktionale Umstellung von kommunikativ verfassten, wertintegrierten lebensweltlichen Beziehungen auf systemische Formen der Vergesellschaftung, siehe *Habermas*, *Theorie* (Fn. 51), Band II, 522, 547.

72 *Paul Heelas/Scott Lash/Paul Morris* (Eds.), *Detraditionalization*, 1996; *Anthony Giddens*, *Konsequenzen der Moderne*, 1995, 54 ff.

73 *Habermas*, *Faktizität und Geltung* (Fn. 12), 17.

74 *Giddens*, *Konsequenzen* (Fn. 72), 54 ff.

75 *Jürgen Habermas*, *Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts*, in: *ders.*, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 1976, 260-267, 266.

76 Vgl. *Gutmann*, *Religion* (Fn. 67).

che Hintergrundgewissheiten und eingelebte Normalitätsspielräume den Erfolg versagt. Wir haben gelernt, „zwischen sozial geltenden und gültigen, faktisch anerkannten und anerkennungswürdigen Normen zu unterscheiden“.⁷⁷ Auch eingewöhnte Lebensformen als Ensembles sozialer Praktiken und kultureller Orientierungen lassen sich mit Gründen kritisieren⁷⁸, und die kulturellen Umweltbedingungen, auf die der demokratische Rechtsstaat angewiesen ist, sind ohnehin nicht in fraglos hingenommenen Traditionen, sondern allenfalls in einer „rationalisierten Lebenswelt“ zu finden.⁷⁹

Drittens und vor allem hat sich das moderne Recht⁸⁰ im Prozess seiner Institutionalisierung und eigenlogischen Ausdifferenzierung von der ‚Kultur‘ getrennt.⁸¹ Im Recht vollzieht sich der Übergang zu einer reflexiven Thematisierung von Bezugsgegenständen und Überzeugungen, durch die normatives Wissen „seine Form ändert, seinen Geltungsmodus, seine Handlungsnähe und seine spezifische Form der

77 Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, 137.

78 Rahel Jaeggi, *Kritik von Lebensformen*, 2014.

79 Habermas, *Faktizität und Geltung* (Fn. 12), 366.

80 Zur legitimatorischen Trennung des Verfassungsstaats von der ihm vorausliegenden Kultur siehe Uwe Volkmann, *Kultur im Verfassungsstaat*, DVBl 2005, 1061-1072, 1067 f.

81 Zu den „Entbettungsprozessen“ der Moderne siehe Anthony Giddens, *Modernity and self-identity. Self and society in the late modern age*, 1991, 18 ff. Die Zentralthese der „Multiple Modernities“-Schule, dass sich unterschiedliche, je kulturell geprägte, in ihren Formierungsbedingungen teils bis auf die Achsenzeit zurückführende Realisierungspfade für soziale Modernisierung aufzeigen lassen (vgl. Shmuel N. Eisenstadt, *Die Vielfalt der Moderne* 2000; ders., *Multiple Modernities*, Daedalus 129, 2000, 1-29 und Björn Wittrock, *Modernity: One, None, or Many? European Origins and Modernity as a Global Condition*, im selben Heft, 31-60) hat für die Rechtstheorie bisher kaum fruchtbare Ergebnisse gezeitigt (vgl. etwa Lyana Francot-Timmermans/Ubaldo de Vries (Hg.), *Multiple modernities and law*, Utrecht Law Review 7/2, 2011). Dass der „Multiple Modernities“-Ansatz einen einheitlichen Begriff dessen, was Moderne bedeutet, eigentümlich unterbelichtet lässt (vgl. dazu Volker H. Schmidt, *Modernity and Diversity: Reflections on the Controversy Between Modernization Theory and Multiple Modernists*, *Social Science Information* 49, 2010, 511-538) erscheint mit Blick auf die normative Dimension des Begriffs des modernen Rechts besonders problematisch.

Referenz.“⁸² Im Recht werden normative Gehalte, die in der lebensweltlichen Kultur als implizite enthalten sind, zu expliziten und zugleich sehr spezifischen Geltungsansprüchen – nämlich jenen des Rechts – ausdifferenziert, artikuliert, formalisiert, institutionell verfestigt⁸³ und in Verfahren und Organisationen der Rechtssetzung und -anwendung zu Gegenständen der rationalen Rechtfertigung und/oder Entscheidung gemacht. Nur in der Sprache des Rechts können normativ gehaltvolle Botschaften gesellschaftsweit zirkulieren.⁸⁴ Nur das Recht kann „Rationalitätsstrukturen, die in kulturellen Überlieferungen bereits ausgeprägt sind, ‚institutionell verkörpern‘, d.h. für die Reorganisation von Handlungssystemen nutzen“⁸⁵, und so jene Funktionen der Steuerung und Sozialintegration übernehmen, die kulturelle Ordnungen nicht mehr aus eigener Kraft leisten können.⁸⁶ Mit der zunehmenden Positivierung des Rechts im Sinne der Institutionalisierung der Beliebigkeit seiner Änderung⁸⁷ und vor allem mit der Normierung der Normsetzung, also von Sekundärregeln für Kompetenzen und Verfahren⁸⁸, wird das Recht auf eine Weise reflexiv, die der ‚Kultur‘ nicht gegeben ist. Dabei ist das Rechtssystem insoweit normativ geschlossen, als es sich „gegen die unbeständige Flut und Ebbe“ kultureller (moralischer, wertorientierter) Kommunikationen differenzieren und sich von diesen anhand rechtseigener Kriterien unterscheiden muss – schon weil sich die Pluralität und mangelnde Konsensfähigkeit

82 Vgl. *Renn*, Wissen und Explikation (Fn. 49), 236, 243, sowie 244 f. zu der These, dass auch explizite Praktiken auf implizite Handlungsgewissheiten angewiesen bleiben.

83 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 146-151; *Neil MacCormick*, Institutions of Law: An Essay in Legal Theory, 2008; *Massimo La Torre*, Law as Institution, 2010.

84 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 78.

85 *Habermas*, Überlegungen (Fn. 75), 260. Damit geht zugleich einher, dass das Systemgedächtnis des Rechts eine (nicht immer unproblematische) eigenständige Leistung zur kulturellen Erinnerung erbringt, vgl. *Stephan Kirste*, Der Beitrag des Rechts zum kulturellen Gedächtnis, ARSP 94 (2008), 47-69.

86 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 56 ff.

87 *Niklas Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1981, 113 ff.

88 *Herbert L.A. Hart*, The Concept of Law [1961], ²1994.

der in der Gesellschaft vorfindlichen kulturellen Wertorientierungen und Moralprogramme nicht mit dem Ziel hinreichender Konsistenz rechtlichen Entscheidens vertragen.⁸⁹ Es führt nach alledem kein direkter Weg von der Kultur zum Rechtssystem oder von kulturellen Werten zum Gehalt juridischer Normen. Kulturelle Genesis und rechtliche Geltung sind auseinandergetreten.

89 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 78 ff.

III. Kultur als Begriff der rechtswissenschaftlichen Methode

Es dürfte außer Frage stehen, dass die Rechtswissenschaft auch in methodischer Hinsicht in vielfacher Weise auf die Irritation durch ihre kulturwissenschaftlichen Nachbardisziplinen angewiesen ist, etwa auf die linguistische Analyse des Sprachgebrauchs im Recht⁹⁰, die Begriffe und Methoden der Textinterpretation⁹¹, der Hermeneutik, der Topik und Rhetorik.⁹² Gerade das Wissen um den wechselseitigen Wissenstransfer zwischen Literatur und Recht⁹³ kann für den Umgang des Rechts mit den eigenen Begriffen und Konzepten nicht folgenlos bleiben. Auch hier gilt, was Matthias Jestaedt die „Umwegrentabilität der Grundlagenforschung“⁹⁴ nennt. Was aber kann der Terminus ‚Kultur‘ selbst als Begriff der rechtswissenschaftlichen Methode leisten?

90 Vgl. zur Rechtslinguistik umfassend *Peter Tiersma/Lawrence Solan* (Hg.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, 2012, daneben *Ralf Christensen/Hans Kudlich*, Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen, ARSP 88 (2002), 230 ff. m.w.N. und *Friedrich Müller/Rainer Wimmer* (Hg.), *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, 2001.

91 Vgl. dazu, dass ein hinreichend komplexer Begriff juristischer Interpretation den Blick in die Literaturwissenschaft benötigt, *Dworkin*, *Law's Empire* (Fn. 36), 228 f. und *ders.*, *Law as Interpretation*, *Critical Inquiry* 9 (1982), 179-200.

92 Siehe zu letzteren immer noch *Theodor Vieweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 1953 und *Chaim Perelman*, *Justice et Raison*, 1963.

93 Vgl. Fn. 27 und exemplarisch *Thomas Weitin*, *Zeugenschaft. Das Recht der Literatur*, 2009, 9 (sowie schon Jakob Grimms These, „[d]aß Recht und Poesie miteinander aus einem bette aufgestanden“ seien, vgl. *Grimm*, *Von der Poesie im Recht*, *Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft* 2, 1816, 25-99, § 2).

94 *Jestaedt*, *Theorie* (Fn. 41), 90. Zu den Grenzen des hier skizzierten Principal-Agent-Modells der Disziplinen als Form „vertikaler“, nicht egalitär-horizontaler interdisziplinärer Kooperation siehe *Gutmann*, *Intra- und Interdisziplinarität* (Fn. 5), 105.

1. Kulturphilosophie

Die Vorstellung, Rechtswissenschaft sei eine Kulturwissenschaft (oder eine Geisteswissenschaft, was damals im Wesentlichen dasselbe meinte), ist im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert im Horizont der Kulturphilosophie des deutschen Neukantianismus entstanden. Dessen sog. „südwestdeutsche“ Schule (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Emil Lask) sah Kulturwissenschaft vor allem als Perspektive, die ihren Gegenstandsbereich als „Schauplatz oder Substrat überempirischer Werte“⁹⁵ begreift und gerade in diesem Wert- und Sinnbezug erfassen möchte. Das Anliegen dieser Bewegung war ein wissenschaftsphilosophisches und wissenschaftspolitisches. Es ging ihr mit der Unterscheidung von Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft⁹⁶ in erster Linie darum, der Dominanz der Naturwissenschaften und ihrem Monopolanspruch auf Objektivität entgegenzutreten.⁹⁷ Ihr zentraler Befund ist heute so aktuell wie damals: Die grundlegende Dimension sinnhafter Bedeutungen, in der sich alles abspielt, was mit Handlungsorientierung, Wertung und Normativität zu tun hat, kann mit den Mitteln empirischer Wissenschaften nicht begriffen werden – eine Einsicht, die uns noch heute beispielsweise angesichts der scientistischen Verkürzungen der Hirnforschung demonstrieren kann, warum die Empiriker der grauen Masse die von ihnen behaupteten normativen Implikationen ihres Forschungsprogramms für die rechtlichen

95 *Emil Lask*, Rechtsphilosophie (Separatabdruck aus: Die Philosophie am Beginn des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer, 2. Band), 1905, 3 – die einzige rechtsphilosophische Arbeit im gesamten Neukantianismus, die aus einer philosophischen Feder stammt, so *Wolfgang Kersting*, Neukantianische Rechtsbegründung, in: Dietmar Willoweit (Hg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem, 2000, 269-313, 270. Siehe zum Umfeld *Gerhard Sprenger*, Recht als Kulturerscheinung, in: ders. (Hg.), Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900, 1991, 134-153.

96 *Heinrich Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 1899.

97 *Kurt Seelmann*, Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft – ein neukantianischer Gedanke und sein Fortleben, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, 2007, 121-131, 126.

Konzepte von Zurechnung, Verantwortung und Schuld *von vornherein* nicht einlösen können.

Es ist umstritten, ob die neukantianische Kultur- und Wertphilosophie selbst normative Implikationen haben wollte. Vieles spricht dafür, diese Frage zu verneinen. Die Kulturphilosophie um 1900 wollte nie mehr als Wissenschaftstheorie sein. Ihr ging es primär um das Interesse an Methodenfragen der theoretischen Abgrenzung wissenschaftlicher (und philosophischer) Geltungsansprüche. Als Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft lautete ihre Frage, wie die Rechtswissenschaft, die Werte zum Gegenstand hat, so wissenschaftlich wie die Naturwissenschaft sein, und sich doch von der typischen Geisteswissenschaft mit ihrer Orientierung an einzelnen Geschehnissen unterscheiden kann.⁹⁸ Ob man mit Hasso Hofmann annehmen sollte, dass es die rechtspolitische Stoßrichtung der Kulturphilosophie des Rechts war, den Rechtsquellencharakter der Rechtswissenschaft zu verteidigen⁹⁹, erscheint deshalb zweifelhaft. Die Kulturphilosophie wollte als Rechtsphilosophie, wie Emil Lask dies formuliert hat, nur eine theoretische „Werttypuslehre“¹⁰⁰ sein, der es um die „Eingliederung [des Rechts] in ein System der Kulturwerte“¹⁰¹ ging. Sie wollte (und konnte) weder selbst Werte oder normative Gründe generieren oder Aussagen darüber treffen, was objektiv „richtiges“ oder „wertvolles“ Recht

98 Ebd.

99 Hasso Hofmann, *Recht und Kultur. Drei Reden*, 2009, 48 (freilich bezogen auf die neuhegelianische Spielart der Ansätze). Zur verwandten These, Lask und Radbruch hätten mittels einer Konzeption der Rechtswissenschaft als verstehender Kulturwissenschaft, die „Zugang zu einem idealen Reich der Werte“ hat, unter Krisenbedingungen einen „rechtstheoretische[n] Schleichweg [...] zwischen Naturalismus und Naturrecht“ zu finden versucht, siehe Dieter Simon, *Die Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft*, RJ 1992, 351-366, 358 ff. Dass der Begriff der Kultur in der politischen Krise des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts „eine neuerliche Hinkehr zu ‚materialen‘ Grundlagen der Rechtsbegründung“ markieren sollte und in seiner spezifischen Form zugleich das Potential kritischer Reflexion unterlief, versucht auch Eva Maria Maier (*Naturrecht und Kulturwissenschaft. Erwägungen zum Begriff der „Kultur“ in der rechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion*, in: Erhard Mock und Csaba Varga (Hg.), *Rechtskultur – Denkkultur*, ARSP Beiheft 35, 1989, 49-63, 50) zu zeigen.

100 Lask, *Rechtsphilosophie* (Fn. 95), 4.

101 Ebd., 25.

ist;¹⁰² insoweit wird die Rechtswissenschaft auch konsequent als Zweig der „empirischen Kulturwissenschaften“ begriffen, die *gegebene* Normen in systematischer Absicht auf ihren juristischen Bedeutungsgehalt befragt.¹⁰³ Dennoch wurde die Frage, ob der neukantianische Kulturbegriff und das Verständnis der Rechtswissenschaft als „verstehender Kulturwissenschaft“ nicht doch einer Rechtspolitik in normativer Absicht dienen, früh diskutiert. Hans Kelsen hat in seinem langen Aufsatz „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“¹⁰⁴ schon vor knapp hundert Jahren, im Jahr 1916, das kulturwissenschaftliche Konzept der Rechtswissenschaft bei Rickert, Lask und Radbruch¹⁰⁵ heftig kritisiert. Unabhängig davon, ob er die Intentionen seiner Gegner völlig richtig getroffen hat, hat er hierbei auf eine grundsätzliche Gefahr der Verwendung des Kulturbegriffs in der Rechtswissenschaft (und zumindest auf ein naheliegendes Missverständnis der neukantianischen Kultur- und Wertphilosophie) hingewiesen. Kelsen kritisiert die Vorstellung, dass Werte an Dingen oder Vorgängen „haften“ oder in solchen „verkörpert“ sein könnten, dass es mithin „wertvolle“ (soziale) Wirklichkeiten gebe oder dass man gar, wie Radbruch meinte, das gesamte Recht als „Substrat“ eines Wertes, nämlich „des Gerechtigkeitswertes“¹⁰⁶ verstehen könne. Der Kulturbegriff

102 Man wird dies als das eigentliche Problem des Neukantianismus begreifen müssen. Er hat normativ begründende Rechtsphilosophie in Deutschland in eine Sackgasse geführt und stellt insbesondere einen Bruch in der internationalen Rezeption Kants als Begründer der Idee liberaler Rechtsstaatlichkeit dar. Vgl., an einem Beispiel dargelegt, *Thomas Gutmann*, Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?, ZRG GA 122 (2005), 150-194, 187 ff.

103 *Lask*, Rechtsphilosophie (Fn. 95), 27, 33.

104 *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 40 (1916), 95-151, 105 ff. Siehe hierzu auch *Seelmann*, Rechtswissenschaft (Fn. 97), 124 f. und *Hofmann*, Recht und Kultur (Fn. 99), 43 ff.

105 Letzterer kann an dieser Stelle außen vor bleiben. Siehe hierzu *Ulfrid Neumann*, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei ‚neukantianische‘ Perspektiven, in: *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis* (Hg.), *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, 2005, 35-55.

106 *Gustav Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, 38 f.

griff, so Kelsen, sei vielmehr notorisch unklar und innerlich widersprüchlich, er oszilliere zwischen den Kategorien des Seins und des Sollens bzw. der Wirklichkeit und des Werts (ein nach wie vor zutreffender Befund). Das Verfahren der kulturwissenschaftlich verstandenen Rechtswissenschaft schwanke deshalb unsicher zwischen der bloßen Darstellung der psychisch-realen Wertstrebungen in der Geschichte, also einer Wirklichkeitserkenntnis, und einer objektiven Werterkenntnis (also einem normativen Unternehmen). Die Jurisprudenz, so Kelsen, könne demgegenüber nur eine Normwissenschaft sein. Dies ist der Beginn einer Diskussion, im Rahmen derer noch 75 Jahre später Jürgen Habermas vor einer Assimilation von Normen an Werte¹⁰⁷ warnen wird. Kelsens Kritik richtet sich auf grundsätzliche Art gegen die Vorstellung, dass die Gehalte rechtlicher Normen von außerrechtlichen Werten und Normen abhängig seien, die in einer Wirklichkeit verkörpert seien, die man „Kultur“ nennt, und die dort mit einer kulturwissenschaftlichen Methode aufgefunden und anschließend als rechtlich geltend ausgewiesen werden können. Man wird ihm hier nicht widersprechen können.

Auch wenn man nicht mit Niklas Luhmann annehmen will, dass ‚Kultur‘ nur für „das Gedächtnis sozialer Systeme, vor allem des Gesellschaftssystems“¹⁰⁸ stehen könne und es „deshalb nicht gelingen [könne], den Sachverhalt ‚Kultur‘ auf der Gegenstandsebene zu fixieren und Kulturgegenstände von anderen Gegenständen zu unterscheiden“¹⁰⁹, so gilt doch, dass sie zu hoch aggregiert ist. Mit dem Begriff

107 *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 309 ff. Nach wie vor treffend ist Ernst-Wolfgang Böckenfördes Kritik, die Ansicht, das Recht habe seine materiale Grundlage in außerrechtlichen Werten zu finden und diese zu verwirklichen, vermöge nur einen „Begründungs-Anschein“ zu liefern, bilde eine Schleuse für das Einstürmen methodisch nicht kontrollierbarer subjektiver Meinungen und belege sich zugleich der Möglichkeit, diesen gegenüber einen eigenen normativ-kritischen Maßstab zu enthalten (*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 1991, 67-91, 87 ff.).

108 *Niklas Luhmann*, Kultur als historischer Begriff, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik 4, 1995, 31-54, 47.

109 Ebd., 54.

der Kultur lässt sich deshalb nichts unterscheiden und eben deshalb nahezu jeder Gehalt ins Recht transportieren. Bei der Begründung von Normen ist der Begriff der Kultur keiner methodischen Kontrolle zugänglich. Aus diesem Grund muss er für das normative Unternehmen der Rechtswissenschaft Anathema sein. Dies gilt unabhängig davon, welches Attribut des liberalen und demokratischen Rechtsstaats man betont, d.h. ob man die normativen Ressourcen der modernen Gesellschaft vorrangig im demokratischen Prozess oder aber in der kohärenten Institutionalisierung rechtlicher Prinzipien (der Menschenrechte auf Freiheit und Gleichheit und der Rechtsstaatlichkeit) verortet. Ein unkontrolliertes Überschwappen der Kultursuppe in den Bereich des Rechts und seiner Begründung gefährdet beides. Gerade weil Rechtswissenschaft sich auch auf soziale Normen und Bewertungen in der Gesellschaft bezieht und so aktuelle kulturelle Deutungsmuster immer wieder in das Recht inkorporiert werden, muss dies methodisch kontrolliert geschehen.¹¹⁰ Ebendiese Kontrolle kann der Kulturbegriff nicht leisten.

2. Der Begriff der „Rechtskultur“

Nun gibt es einen spezifischeren Begriff, in dem die Einheit von Recht und Kultur aufgehoben zu sein scheint, den der „Rechtskultur“. In den heute gängigen Konzepten der Rechtskultur wird die Differenz von Kultur und Gesellschaft verhandelt, sie oszillieren zwischen Soziologie einerseits und Kulturwissenschaft andererseits. Der um 1970 von Lawrence Friedman¹¹¹ eingeführte Begriff diente zunächst einer soziologischen Analyse des Rechts, die die Ideen und Praktiken des Rechtspersonals und sodann die Einstellung und Verhaltensweisen der breiten Bevölkerung und sozialer Gruppen zum und im Rechtssystem untersuchte. Heute scheiden sich Autoren, die weiterhin soziologisch

110 Seelmann, Rechtswissenschaft (Fn. 97), 132.

111 Lawrence M. Friedman, Legal Culture and Social Development, in: Law and Society Review 4 (1969), 29-44; ders., The Legal System. A Social Science Perspective, 1975.

nach den sozialen Voraussetzungen und Auswirkungen des Rechts und deshalb nach dem empirisch erforschbaren „Inbegriff der in einer Gesellschaft bestehenden, auf das Recht bezogenen Wertvorstellungen, Normen, Institutionen, Verfahrensregeln und Verhaltensweisen“¹¹² fragen, von jenen, die nach kulturellen Bedeutungen suchen oder „dichte Beschreibungen“ lokaler Kulturen anfertigen wollen.¹¹³ Wurde der Begriff der Rechtskultur bei Erhard Blankenburg noch als Interaktion von institutioneller Rechtsordnung und einstellungsvermittelter Rechtspraxis, also letztlich sozialstrukturell interpretiert¹¹⁴, wird er von Werner Gephart als „symbolisch und rituell vermittelte normative Ordnung der Rechtsgemeinschaft“¹¹⁵ definiert – was immer das heißen soll. Im Rahmen der Kulturtheorien des Rechts konkurrieren hier Soziologie und Kulturwissenschaft miteinander. Der Ausgang ist offen; zumindest bleibt Austin Sarats und Jonathan Simons These, die den *cultural turn* der Rechtswissenschaft dadurch erklären will, dass sich in der Spätmoderne die Logik kollektiver Machtstrukturen vom Sozialen auf die Kultur verlagert hätte und die wissenschaftliche Reflexion dem nur gefolgt sei¹¹⁶, noch allzu sehr im Ungefähren.

Das Konzept der „Rechtskultur“ begegnet uns heute vor allem als Grundbegriff einer soziologisch arbeitenden Rechtsvergleichung¹¹⁷

112 Thomas Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2007, 311.

113 Siehe exemplarisch Geertz, Local Knowledge (Fn. 18), 215 (“Law [...] is local knowledge”). Vgl. David Nelken, Comparing Legal Cultures, in: Austin Sarat (Ed.), The Blackwell Companion to Law and Society, 2004, 113-127, 118.

114 Erhard Blankenburg, Indikatorenvergleich der Rechtskulturen in der Bundesrepublik und den Niederlanden, ZfRSoz 6 (1985), 255-273; vgl. ders., Rechtskultur, in: Jürgen Becker et al. (Hg.), Festschrift für Manfred Rehinder, 2002, 425-431, 430 f. In diesem Sinn auch Tatjana Hörnle, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, ZStW 117 (2005), 801-838. Weitere Beispiele gibt Peter Mankowski, Rechtskultur, JZ 64 (2009), 321-331 auf den Seiten 326-329 (sub III.). Vgl. Gephart, Recht als Kultur (Fn. 10), 22.

115 Gephart, Erforschung (Fn. 9), 32.

116 Austin Sarat/Jonathan Simon, Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving Beyond Legal Realism, Yale Journal of Law and Humanities 13 (2001), 3-32, 7 und passim.

117 David Nelken (Hg.), Comparing Legal Cultures, 1997; darin: Roger Cotterell, The Concept of Legal Culture, 13-32.

oder vergleichenden Rechtssoziologie.¹¹⁸ In seiner allgemeinsten Form lebt es von der Behauptung, dass Rechtskulturen nur in ihrer „Verflechtung mit Grundannahmen der jeweiligen Kulturen“¹¹⁹ verstanden werden könnten. Diese Annahme trifft auf zunehmende Skepsis, wenn etwa Roger Cotterell die „allgemeinen Probleme“ des Versuchs anspricht, überhaupt „Kultur“ als erklärendes Konzept in der theoretischen Analyse des Rechts zu verwenden“ und es letztlich für unmöglich hält, den Kulturbegriff analytisch so zu präzisieren, dass er als Element der Rechtstheorie und als signifikante Erklärungsvariable in der empirischen rechtssoziologischen Forschung dienen kann.¹²⁰ Insbesondere führe kein Weg von einem allgemeinen Kulturbegriff zur Identifikation spezifischer Rechtskulturen.¹²¹ In der Tat ist kein Beitrag sichtbar, dem es gelänge, die Prägung eines Rechtssystems durch eine ‚Kultur‘ zu operationalisieren. Was bleibt, ist die Möglichkeit, die Pfadabhängigkeiten unterschiedlicher Rechtssysteme und -praktiken als Folge einer unterschiedlichen historischen Evolution der rechtsin-

118 Zu einer philosophischen Rekonstruktion des Begriffs siehe *Georg Mohr*, Zum Begriff der Rechtskultur, in: *Dialektik* 18 (1998), 9-29. Zum Begriff der „Normkultur“, verstanden als die Summe der allgemeinen Prinzipien der Begründung und Legitimation von Normen und Verfahren, in denen sich Recht bildet und entwickelt, *ders.*, Art. Rechtskultur, in: *Stefan Gosepath et al. (Hg.), Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Band 2, 2008, 1074-1078, 1076.

119 *Gephart*, Erforschung (Fn. 9), 19.

120 *Cotterell*, Concept (Fn. 117), 14: „It may, indeed, be impossible to develop a concept of legal culture with sufficient analytical precision to give it substantial utility as a component in legal theory and, especially, to allow it to indicate a significant explanatory variable in empirical research in sociology of law“. Dass diese These zutrifft, belegt unfreiwillig *H. Patrick Glenn* (*Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, ³2007) mit seinem Ansatz, der die globale Welt des Rechts in sieben Traditionen einteilt, welche mit begrenzten Interdependenzen nebeneinander existierten, in diesem Nebeneinander aber immerhin „nachhaltige Diversität“ versprächen.

121 *Cotterell*, Concept (Fn. 117), 29. Vgl. auch *Ralf Michaels*, Legal Culture (für das *Oxford Handbook of European Private Law*, hg. v. *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Rainer Zimmermann*), *Duke Law Scholarship Repository*, http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2390/ (10.8.2015). Ein differenzierter Ansatz findet sich bei *Mark van Hoecke/Mark Warrington*, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, *ICLQ* 47 (1998), 495-536.

ternen operativen Anschlussbedingungen einer Rechtsordnung zu analysieren.¹²² Wollte man die Ergebnisse einer solchen Untersuchung so dann *rekonstruktiv*¹²³ unter den Begriff einer nationalen oder einer für einen bestimmten Rechtskreis geltenden „Rechtskultur“ fassen, so wäre das unschädlich, aber auch nutzlos.

Hinzu kommt, dass die Theorie des Rechtskulturvergleichs längst erkannt hat, dass auch nationale Rechtskulturen im Lichte transnationaler Entwicklungen, Transfers, Isomorphien, multipler Überlappungen und Verschlingungen nur noch als höchst hybride Konstrukte verstanden werden können, als – in den Worten David Nelkens – „multiple overlapping and conflicting ‚juridiscapes‘“, deren Uniformität, Kohärenz und Stabilität allenfalls noch eine ideologische Projektion

122 Das würde für die Rechtsvergleichung bedeuten, sich eher bei der Systemtheorie als bei den Kulturwissenschaften zu informieren. Siehe hierzu *Bijan Fateh-Moghadam*, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, in: Susanne Beck/Christoph Burchardt/Bijan Fateh-Moghadam (Hg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, 2011, 43-63. Siehe daneben *Ralf Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 339-382.

123 Dass ein methodisch reflektierter, rekonstruktiv-beschreibender Kulturbegriff leistungsfähig ist, zeigt Lawrence Friedman, der die Moderne des Rechts unter die Überschrift der Spezifika einer „modernen Rechtskultur“ bzw. einer „Rechtskultur der Moderne“ analysiert (*Lawrence M. Friedman*, Is There a Modern Legal Culture? *Ratio Juris* 7, 1994, 117-131): Sein Konzept zielt auf ein Set normgenerierender kollektiver Vor- und Einstellungen ab, die in der (zunächst westlichen) Moderne in institutionell gefestigter Form idealtypisch zu beobachten seien und zugleich Grund und Antriebskräfte der Rechtsentwicklung darstellten. Er nennt ein zusammenhängendes „System“ von sechs solcher Eigenschaften, die gemeinsam moderne Rechtssysteme charakterisierten: Die zunehmende Positivierung des letztlich instrumentell legitimierten modernen Rechts und ubiquitäre Prozesse der Verrechtlichung führten sowohl zu einer beschleunigten Veränderungsdynamik moderner Rechtsordnungen als auch zu globalen Isomorphien zwischen Rechtsregimen. Von besonderem Interesse sind jedoch zwei materielle Eigenschaften, die Friedman dem spezifisch ‚modernen‘ Recht zuschreibt: (1.) eine durchgängige Umstellung auf institutionalisierte subjektive Individualrechte in Prozessen der Konstitutionalisierung des Rechts, und damit verbunden (2.) die grundlegende Vorstellung eines normativen Individualismus, der wiederum durch subjektive Rechte und Ansprüche abgesichert sei und insbesondere Freiheitsbereiche individueller Lebensführung und Persönlichkeitsentwicklung garantieren solle.

im Auge des Betrachters sei.¹²⁴ Insoweit gilt für ‚Rechtskulturen‘ nichts anderes als für ‚Kulturen‘ *sans phrase*: Sie sind keine abgegrenzten Einheiten, die sich homogen reproduzieren. Gerade die Kulturanthropologie betont zu Recht die Hybridität und innere Widersprüchlichkeit von Kulturen als imaginierte Gemeinschaften.¹²⁵ Wir leben in „contemporary complex cultures“¹²⁶, die sich immer in einem „Widerstreit heterogener Anforderungen“¹²⁷ und damit im „flow“ ständiger Bewegung, Veränderung und Neubildung befinden.¹²⁸ Der Vergleich von „Kulturen ‚als ganzen‘“ hat deshalb keine wissenschaftliche Grundlage.¹²⁹ Dies alles zeigt, dass eine kulturbezogene Rechtsvergleichung, die auf einen totalitätsorientierten Kulturbegriff im Sinne angeblich einheitlicher Sinn- und Lebenswelten und kollektiv geteilter Wertvorstellungen sozialer Großgruppen abhebt, zum Scheitern

- 124 David Nelken, Art. Culture, Legal, in: David S. Clark (Hg.), *Encyclopedia of Law & Society*, 2007, 370-376, 372: „Given the extent of past and present transfer of legal institutions and ideas, there are therefore good reasons to doubt whether one can relate all aspects of a given legal culture to other features of its current national context. [...] As global flows and trends influence national cultures, their purported uniformity, coherence, or stability will often be no more than an ideological projection or rhetorical device, manipulated by elements within the culture or by outside observers“. Vgl. Cotterell, Concept (Fn. 117), 29: „legal culture may be understood as a vast diversity of overlapping cultures: some relatively local, some more universal“. Siehe auch Gert Brüggemeier, Einführung, in: Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe (Hg.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, 2001, 1-8, 2 ff., der mit Blick auf das Europäische Privatrecht von einer „Erosion der Rechtskreise“ im Privatrecht spricht.
- 125 Homi K. Bhabha, *The Location of Culture*, 1994, 5; Andreas Ackermann, Das Eigene und das Fremde: Hybridität, Vielfalt und Kulturtransfer, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 3, 139-154.
- 126 Ulf Hannerz, *Cultural Complexity. Studies in the Social Organization of Meaning*, 1992, 6.
- 127 Jaeger/Liebsch, Einführung (Fn. 53), X.
- 128 Hannerz, *Cultural Complexity* (Fn. 126), 100 ff. Zum Begriff der *Kreolisierung* für diese Prozesse der kulturellen Neubildungen ebd., 264 ff.
- 129 Jürgen Osterhammel, Die Vielfalt der Kulturen und die Methoden des Kulturvergleichs, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 2, 50-65, 62. Siehe auch Christian Seipel/Susanne Rippl, *Grundlegende Probleme des empirischen Kulturvergleichs. Ein problemorientierter Überblick über aktuelle Diskussionen*, *Berliner Journal für Soziologie* 23 (2013), 257-286.

verurteilt ist. Die Vorstellung, dass Rechtsordnungen wie Knödel in einer trüben Kultursuppe schwimmen und sich langsam voll saugen, vermag nichts zu erklären.

Wendet man eine solche Vorstellung schließlich normativ, etwa als theoretische Anleitung zur Rechtsreform nichtwestlicher Gesellschaften, richtet sie sich selbst. Man landet dann sehr schnell bei einem Bild der juristischen Welt, das einem Zoo der Kulturen ähnelt, deren Bewohner in ihren jeweiligen Gehegen eingesperrt bleiben sollen. So etwa, wenn Heinrich Scholler fordert, aus dem religiös-philosophischen Hintergrund autochthoner Rechtssysteme die jeweiligen „höchste[n] Rechtskulturwerte“ als „rechtliche Grundnorm[en]“ herauszudestillieren, diese dann „nach ihrer rechtskulturellen Affinität, wie etwa Scham oder Schuldkultur, Pflichten- oder Rechtskultur“ einzuteilen und entsprechend weiterzuentwickeln.¹³⁰ Simple kulturel relativistische Projektionen solcher Art sind bereits in empirischer Sicht dysfunktional, weil sie die Modernisierungsdynamik des Rechts in einer sich globalisierenden Welt unter den Tisch fallen lassen. Die Vorstellung etwa, die Rechtsentwicklung in China, Korea oder Südostasien – den neuen Zentren einer zunehmend polyzentrisch werdenden Moderne¹³¹ – folge noch heute primär kulturell tradierten Mustern, ist verfehlt. Diese Projektionen sind aber auch normativ wenig plausibel, weil sie die Individuen in ihre jeweiligen Herkunftskulturen einmauern wollen, ohne dies anders begründen zu können als mit dem nicht theoretisierten Verweis auf die angebliche Dignität der je traditionellen Struktur autochthoner Gewohnheitsrechte, die als nicht kritisierbar gesetzt werden und denen die „modernen Menschenrechte“ im Konfliktfall eben zu weichen hätten.¹³²

130 *Heinrich Scholler*, Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur, *ZVglRWiss* 99 (2000), 373-386, 376 f., 385 f.

131 *Volker H. Schmidt*, *Global Modernity. A Conceptual Sketch*, 2014, 76 ff.

132 Vgl. *Scholler* (Fn. 130), 380, 385.

3. Kultur – Menschenbild – Recht

Für das Projekt, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft zu verstehen, steht in der Bundesrepublik vor allem Peter Häberle. Auch ihm geht es nicht nur darum, Verfassungswandel zu „beobachten und [zu] erklären“, sondern erklärtermaßen um das normexpressive Anliegen, „Verfassungspolitik“ zu betreiben“ und „kulturell adäquate Verfassungsinterpretation zu leisten“.¹³³ Ohne dass hier der Versuch unternommen werden könnte, die unterschiedlichen Aspekte seines Gesamtwerks zu würdigen, ist doch ein spezifischer Blick auf den Kulturbegriff Häberles zu werfen und zu fragen, ob er seine erklärte Absicht, unser kulturell vermitteltes „juristisch-hermeneutische[s] Vorverständnis (kulturwissenschaftlich) offenzulegen und damit methodisch zu disziplinieren“¹³⁴, erreichen kann. Dies soll anhand einer Spielart dieses Ansatzes geprüft werden, die die strukturelle Kopplung zwischen „der Kultur“ und „dem Recht“ in dem „Menschenbild“ sieht, das sich als kulturelle Konstruktion in einer Rechtsordnung realisiere. Häberle hat seine Thesen u.a. in seiner Schrift „Das Menschenbild im Verfassungsstaat“¹³⁵ ausgearbeitet, die 2008 in vierter Auflage erschienen ist; der Menschenbilddiskurs, ein Spezifikum deutschsprachiger Jurisprudenz, erfreut sich aber auch bei anderen Autoren großer Beliebtheit.¹³⁶

133 *Peter Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, ²1998, 1061, 1062.

134 Ebd., 1061.

135 *Peter Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, ⁴2008.

136 Eine kleine Auswahl: *Paul Kirchhof*, Menschenbild und Freiheitsrecht, in: Rainer Grote et al. (Hg.), Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, 2007, 275-296, 280 ff.; *Karl Heinz Auer*, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz, 2005; *Bernd Schünemann/Jörg Paul Müller/Lothar Philipps* (Hg.), Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, 2002; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, 2001; *Karl-Heinz Fezer*, Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 53 (1998), 265-275; *Winfried Brugger*, Das Menschenbild der Menschenrechte, Jahrbuch für Recht und Ethik 3 (1995), 121-134; *Andreas Pawlas*, Grundgesetz und Menschenbild, Das Parlament, Beilage 49/1991, 37-46; *Ferdinand Kopp*, Das Menschenbild als Orientierungspunkt des geltenden Rechts, in: Richard Bartlsperger/Dirk Ehlers et al.

Der Begriff des „Menschenbildes“ diente seit Beginn des 20. Jahrhunderts ganz überwiegend als antiliberaler Topos, der auf die Überwindung des autonomen Individuums und seine Einordnung in substantielle Gemeinschaften zielt; seit 1945 gehörte er zur Rhetorik einer Re-Christianisierung der Gemeinschaft.¹³⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich (insbesondere, aber nicht nur) in der ersten Hälfte seiner Rechtsprechungstätigkeit, beginnend mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1954, auf ein von ihm selbst entdecktes „Menschenbild des Grundgesetzes“ bezogen, das „nicht das eines isolierten souveränen Individuums [sei]; das Grundgesetz ha[be] vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“¹³⁸ Man wird diese Aussage durchaus als expressiven Akt eines symbolischen Kommunitarismus, als „höchstrichterliche[n] Menschenbildglaube[n] in individualismuskritischer Absicht“¹³⁹ werten dürfen, an dem das Gericht begrifflich auch dann bisweilen noch festgehalten hat, als es der Substanz nach längst einer

(Hg.), Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Obermayer, 1986, 53-64; *Ernst-Joachim Lampe*: Das Menschenbild des Rechts – Abbild oder Vorbild?, in: ders. (Hg.), Beiträge zur Rechtsanthropologie (ARSP Beiheft 22), 1985, 9-22; *Willi Geiger*, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: Deutsche Sektion Internationale Juristen-Kommission (Hg.), Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs 1983, 45-56; *Henning Ottmann*, Zum Menschenbild des Grundgesetzes, Zeitschrift für Politik 1982, 108-111; *Arno Baruzzi*, Europäisches „Menschenbild“ und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1979. Vgl. schon *Gustav Radbruch*, Der Mensch im Recht. Heidelberger Antrittsvorlesung (Recht und Staat, 46), 1927.

137 *Friedrich Wilhelm Graf*, Missbrauchte Götter. Zum Menschenbilderstreit in der Moderne, 2009, 136, 139, 158 ff. Zu den „Menschenbildmuseen“ der 1950er und 60er Jahre ebd., 148 ff.

138 BVerfGE 7 ff., 15; vgl. BVerfGE 50, 290 ff., hier 353. Dies ergebe sich, so das Gericht, „insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG.“ Zu weiteren Nachweisen siehe *Ulrich Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1994, insb. 17.

139 *Graf*, Missbrauchte Götter (Fn. 137), 165; vgl. *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ (Fn. 138), 87.

anderen Linie folgte. Die (rechtsphilosophisch durchaus anrühige¹⁴⁰) Betonung des Gemeinschaftsbegriffs hat das Gericht in der Folge jedenfalls nicht davon abgehalten, die subjektiven Freiheitsrechte des Grundgesetzes primär als Ausdruck subjektiver und formaler negativer Freiheit¹⁴¹ im Sinne der liberalen Grundrechtskonzeption auszubuchstabieren.¹⁴² Zum „Ausdruck einer Staatsreligion“ (Helmut Ridder) ist das „Menschenbild des Bundesverfassungsgerichts“¹⁴³ deshalb nicht geworden. Seine juristische Funktion war und ist stark begrenzt¹⁴⁴ – was nicht zuletzt daran liegen mag, dass die Menschenbildformel methodisch unbrauchbar ist¹⁴⁵ und ihr Erkenntniswert nur von dem Grad ihrer Operationalisierbarkeit untertroffen wird. Was von diesem Diskurs bleibt, sind nur berechnete Zweifel daran, dass allzu viel „Kultur der Freiheit“¹⁴⁶ der Freiheit gut tut.

140 Vgl. *Thomas Gutmann*, Wiederkehr der Gemeinschaft? Rechtshistorisch gebotene Fragen an die kommunitaristische Philosophie, in: Hermann Nehlsen/Georg Brun (Hg.), *Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus*, 1996, 9-61.

141 BVerfGE 102, 370 (395). Vgl. *Horst Dreier*, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, 32013, Rn. 84 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529-1538, 1530; *Horst Dreier*, Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie, in: Friedhelm Hufen (Hg.), *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider*, 2008, 70-96, 91; *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, 1987, 54 ff.

142 So auch *Böckenförde*, Wandel (Fn. 136), 36.

143 *Helmut Ridder*, „Das Menschenbild des Grundgesetzes“. Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland, Demokratie und Recht 1979, 123-134, 126.

144 *Peter M. Huber* (Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1998, 505-511, 511) weist zu Recht darauf hin, dass dem Rekurs auf das „Menschenbild“ vorrangig eine rhetorische und kaum je eine begründende Funktion zugekommen ist. Zum Menschenbild des Bundesverfassungsgerichts als „Gemeinplatz“ siehe *Josef Isensee*, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, in: Joseph Krautscheidt/Heiner Marré (Hg.), *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 11, 1977, 92-120, 113.

145 Vgl. *Bernd Schünemann*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“, in: ders. et al., *Menschenbild* (Fn. 136), 3-22, 6.

146 *Udo Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005 (dort Kap. III zum „westliche[n] Wertesystem: Menschenbilder und Weltbilder“).

Das theoretische Elend der Rede vom „Menschenbild“ im Recht liegt nach alledem darin begründet, dass sich solche Bilder, gerade weil sie kulturelle Konstruktionen¹⁴⁷ sind, außerhalb des *strictly legal point of view*¹⁴⁸ und des Bereichs normativer Begründungspflichten ansiedeln. Tatsächlich kann die Rede vom „Menschenbild“ weder Begründungen generieren noch dem Proprium des Rechts – der systematischen interpretativen Analyse des Regelungsgehalts rechtlicher Normen, ihres systematischen Sinnzusammenhangs und ihrer Rechtfertigungsgrundlagen – etwas Substantielles hinzufügen. Der Reiz, den das „Menschenbild“ dessen ungeachtet auf Teile der juristischen Literatur ausübt, dürfte jedoch genau in jenem Mehrwert liegen, den die Rede in Bildern gegenüber der Anstrengung des Begriffs besitzt: Sie erlaubt es, nahezu beliebige Gehalte in das Recht zu transportieren, ohne die Gründe hierfür argumentativ ausweisen zu müssen.¹⁴⁹ Gerade weil das Malen von Menschenbildern nicht nur besonders ideologiefähig, „sondern von der Einbettung in eine bestimmte Weltsicht geradezu abhängig“ ist, dient es als „interpretatorische Allzweckwaffe“.¹⁵⁰

Dem „Menschenbild“ wird dabei ganz explizit eine eigene normsetzende Funktion zugewiesen. Die juristische „Menschenbildwissenschaft“ (Häberle) will sich keineswegs auf Erzählungen über den Menschen und das Recht beschränken, ihre hypostasierten „Menschenbilder“ sollen „den“ Menschen vielmehr „verbindlich“ erfassen¹⁵¹, ja als „verbindliche Richtschnur für die Auslegung und An-

147 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 71.

148 Wolfgang Ernst, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 3-49, 16.

149 Verloren geht, so Winfried Brugger, die Analyse des Moments, in dem aus dem, was sich kulturwissenschaftlich beschreiben lässt, „dasjenige durch Kompetenzen und Verfahren herausgefiltert wird, was Recht sein soll, und das dann notfalls auch mit Zwangsgewalt vom Staat durchgesetzt wird“ (Winfried Brugger, Kultur, Verfassung, Recht, Staat, AöR 126 (2001), 271-293, 272). Siehe bereits Bodo Pieroth, Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen, Der Staat 22 (1983), 394-405, 402 ff.

150 Huber, Menschenbild (Fn. 144), 505.

151 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 37.

wendung des Rechts“¹⁵², als „Grundlegung und Grenze des Rechts“¹⁵³, „Gerechtigkeitsmaxime“, „verfassungsrechtliches Prinzip“¹⁵⁴ oder gar als rechtliche „Grundnorm“¹⁵⁵ dienen.¹⁵⁶ Dabei wird der Inhalt des solcherart verbindlichen Leitbilds von den Pflichten juristischer Argumentation¹⁵⁷ entlastet und allen möglichen außerrechtlichen Assoziationen geöffnet: Das Menschenbild im Verfassungsstaat, das seine Konturen nicht ohne Gottesbild, Weltbild und Volksbild gewinne¹⁵⁸, sei eine „Gemengelage“¹⁵⁹, ein gleichzeitig deskriptiv und normativ zu verstehender „Rahmen-Begriff“¹⁶⁰, der Raum gebe „für variable Ausgestaltungen und Konkretisierungen“¹⁶¹; es fungiere in „der Schnittmenge von Recht und Ethik“¹⁶², bzw. „als Fenster zur Ethik“ und damit zu seinen kulturellen Wurzeln, vornehmlich seinen christlich-abendländischen Gehalten.¹⁶³

Hierbei fällt allerdings auf, dass die einst dezidiert antiliberalen Implikationen des Topos „Menschenbild des Rechts“ heute einer weitge-

152 Kopp, Menschenbild (Fn. 136), 55.

153 Auer, Menschenbild (Fn. 136), 55.

154 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 37.

155 Auer, Menschenbild (Fn. 136), 262.

156 Die Menschenbildlyrik treibt dabei Stilblüten wie etwa in der These, die Annahmen der Luhmann'schen Systemtheorie seien „weder deskriptiv noch normativ mit einer grundgesetzlich orientierten Rechtswissenschaft kompatibel“ (Oliver Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 71), ja „mit der Verfassungsordnung des Grundgesetzes nicht ohne weiteres vereinbar“ (ebd.), gingen sie doch von einem falschen „juristisch-normative[n] Leitbild“ (ebd., 36) aus, das gegen „das Menschenbild des Grundgesetzes“ und mithin gegen Art. 1 Abs. 1 GG (ebd., 54 f.) verstoße. Den gleichen kategoriellen Fehler begeht die Kritik am angeblich verfassungsrechtlich verfehlten „Menschenbild“ der ökonomischen Theorie des Rechts (Karl-Heinz Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 41, 1986, 817-824, hier 822), die einer ökonomischen Theorie vorwirft, ökonomische Theorie zu sein.

157 Hierzu beispielhaft Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1983.

158 Häberle, Menschenbild (Fn. 135), 19.

159 Ebd., 72.

160 Ebd., 73.

161 Ebd., 60.

162 Auer, Menschenbild (Fn. 136), 55.

163 Kirchhof, Menschenbild (Fn. 136), 280 ff.

henden inhaltlichen Beliebigkeit Platz gemacht haben. Als Kulturtheorie des Rechts¹⁶⁴ erlaubt die Rede vom Menschenbild des Rechts ihren Verfechtern, erzählend vom Hölzchen aufs Stöckchen zu kommen, deskriptive mit normativen Einzelbefunden zu einem bunten, völlig heterogenen Thesenhaufen aufzuschütten und damit „Fragmentkunstwerke eigener Artifizialität“¹⁶⁵ zu kreieren, mit denen alles und nichts¹⁶⁶ bezeichnet ist.¹⁶⁷ Aber das eben meint ein solcher Kulturbegriff: alles und nichts. Was verloren geht, ist erneut jede argumentative Kontrolle darüber, welche normativen Gehalte dem Recht unterlegt werden. Um diese Kontrolle aber muss es der Rechtswissenschaft gehen.

164 *Häberle*, Menschenbild (Fn. 135), 17 ff. und passim. Das Grundgesetz, so Häberle (ebd., 9), habe „gewiss den Menschen als (kultur-)anthropologische Prämisse von Staat und Recht [...] gesetzt“.

165 *Graf*, Missbrauchte Götter (Fn. 137), 169.

166 *Schünemann*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ (Fn. 145), 5. Zurückhalten der *Hagen Hof*, Verhaltensgrundlagen des Rechts – Ein Themenfeld des Schwerpunkts „Recht und Verhalten“, in: Fritjof Haft/Hagen Hof/Steffen Wesche (Hg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, 2001, 11-17, 15, dem zufolge „das ‚Menschenbild des Rechts‘ in Rechtssetzung und Rechtsanwendung wohl alles andere als ein festgefügt Konzept ist“.

167 Idealtypisch *Häberle*, Menschenbild (Fn. 135) und *Auer*, Menschenbild (Fn. 136).

IV. Kultur als materielles normatives Argument

1. Der simple kulturalistische Fehlschluss

Die einfachste und direkteste Verwendungsweise der Kultur als materielles normatives Argument ist die Reduktion des normativen Anspruchs des Rechts auf ein vorfindliches Ethos. Kulturrelativistische Strömungen haben schon seit dem Ende des 18. Jahrhunderts in Pfadabhängigkeiten gedacht; bereits bei Herder findet sich die gegen den Universalismus der Aufklärung gerichtete Vorstellung des Eigenwerts von Kulturen als organisch entstandene, in sich geschlossene und homogene Einheiten.¹⁶⁸ Spätestens mit Savignys Historischer Rechtsschule taucht diese Idee auch in der Rechtstheorie auf, wenngleich der Vorwurf eines „naiven Kulturalismus“¹⁶⁹ gegen sein Konzept nicht erhoben werden kann. Zwar hat Savigny die Emanation des Rechts aus Kultur, nämlich aus einem im Kern stabilen, sich nur organisch entwickelnden ‚Volksgeist‘, betont und deshalb die politische Setzung von Recht durch Kodifikation ebenso zurückgewiesen wie die Dynamik vernunftrechtlicher Forderungen; weil er dabei zugleich jedoch das sozial ausdifferenzierte Recht als „Wissenschaft in den Händen der Juristen“¹⁷⁰ verstand und der Verwaltung durch eine europäische akademische Elite unterstellt wissen wollte, blieb der beschworene Geist des Volkes dogmatisch weitgehend folgenlos. Auf andere Ansätze trifft dies nicht zu. Was nach dem Ende des historischen Vernunftbegriffs der Hegel’schen Tradition und der rechtsphilosophischen Wüste der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch übriggeblieben war¹⁷¹,

168 *Johann Gottfried Herder*, Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit [1774], 1967.

169 Zum Begriff *Gephart*, Recht als Kultur (Fn. 10), 22.

170 *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 14. Hierzu *Joachim Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984, 312 ff., 335 ff.

171 Vgl. auch *Herbert Schnädelbach*, Philosophie in Deutschland 1831-1933, 1983 sowie *Michael Quante/David P. Schweikard*, Weltdeutungen und Ideologien, in: *Walter Demel/Hans-Ulrich Thamer* (Hg.), *WBG Weltgeschichte. Eine globale Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert*, Band V: Entstehung der

äußerte sich nicht selten in Spielarten einer Geltungstheorie, die nicht nur die faktische Anerkennung der Rechtsnormen durch die Einzelnen, sondern auch die Legitimität des objektiven Rechts an einen schwammigen normativen Kulturbegriff band. So ist in dem 1903 erschienenen Buch Max Ernst Mayers mit dem Titel „Rechtsnormen und Kulturnormen“ zu lesen: „Die Rechtfertigung des Rechts und in Sonderheit die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit den Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt.“¹⁷² Diese These zielt keineswegs nur auf die tatsächliche Anerkennungschance des Rechts, sondern will Kriterien für die Rechtfertigung juridischer Normen benennen. Solchen theoretischen „Sackgasse[n]“, die in ihrem Rekurs auf einen unterbestimmten Kulturbegriff weder *Gründe* für die Rechtfertigung des Rechts noch *Perspektiven* für seine Entwicklung und Gestaltung bieten können¹⁷³, liegt eine holistische und essentialistische Vorstellung von Kultur zugrunde, die mit diesem Begriff ganze Lebensweisen bezeichnet – die wirksamen Gebräuche, Sitten, Wert- und Glaubensvorstellungen eines Kollektivs. Die Pointe der Verwendung eines solchen holistischen Kulturbegriffs ist, dass Kultur für die Mitglieder eines solchen Kollektivs über Habitualisierung, Institutionalisierung und Traditionsbildung den Charakter einer zweiten Natur annimmt, der gegenüber es kaum Möglichkeiten individueller Wahl und intentionaler Veränderung geben soll.¹⁷⁴ „Kultur“ in diesem Sinn meint „die nicht gestaltbaren Differenzen“.¹⁷⁵ Entsprechend soll auch das Recht normativ darauf verpflichtet werden, das jeweils vorgefundene Ethos nur abzubilden und zu stabilisieren, es jedoch nicht zu ver-

Moderne, 1700-1914, 2010, 209-63 (auch zu der These, dass um 1900 ein historischer und kultureller Relativismus zu einer umfassenden Weltanschauung und einem weitgeteilten Lebensgefühl wird).

172 Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen (Strafrechtliche Abhandlungen, Bd. 50), 1903, 16 f.

173 Hofmann, Recht und Kultur (Fn. 99), 41.

174 Ebd.

175 So (kritisch) Christoph Möllers, Pluralität der Kulturen als Herausforderung des Verfassungsrechts, in: Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, 223-244, 230.

ändern. Auf diese Weise werden die Vorstellungen einer reflexiven Kritik von Lebensformen und des Rechts als Mittel gesellschaftlicher Veränderung, ja letztlich auch die Idee des kollektiven demokratischen Freiheitsgebrauchs als solche delegitimiert. Selbstbestimmung hat in dieser Perspektive weder als öffentliche noch als private Autonomie¹⁷⁶ eine Begründungsfunktion für das Recht. Man wird dieses Argument, dem zufolge schon aus dem faktischen Bestehen einer bestimmten Tradition oder kulturellen Identität folge, dass sie weiterbestehen und mit den Mitteln des Rechts stabilisiert, fortgesetzt und verteidigt werden sollte, als den *simply kulturalistischen Fehlschluss* bezeichnen können.

2. *Harte Kommunitarismen*

Dieser Fehlschluss hat seit den 1980er Jahren in der „integrationistischen“ Spielart kommunitaristischen Denkens, wie sie in den 1980er und 1990er Jahren u.a. bei Charles Taylor, Alasdair MacIntyre oder Michael Sandel (vor allem in kritischer Auseinandersetzung mit John Rawls) zu finden ist, eine weit komplexere Formulierung gefunden und neue Schubkraft erlangt. Stark verdichtet und zugespitzt¹⁷⁷ schließt sich dieses Denken zu folgenden Thesen zusammen, die von sozialontologischen Prämissen mittels eines spezifischen Begriffs kultureller Lebensformen zu normativen Folgerungen führen: Die liberale politische Philosophie, die nicht zuletzt dem normativen Individualismus der Tradition der Menschenrechte zugrunde liegt, müsse den Einzelnen als radikal „ungebunden“, „atomistisches“ und „entbettetes“ Selbst begreifen, das seine Interessen, Bedürfnisse und Bindungen, ja seine Identität ohne Vorgaben frei wählen könne und in diesem Sinn immer schon „vor“ seinen Zwecken und Zielen existent sei.

176 Zur These der Gleichursprünglichkeit dieser beiden Momente vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 135 ff.

177 Für eine differenziertere Darstellung und Kritik sowie zu den Einzelnachweisen siehe *Thomas Gutmann*, Keeping ‘em down on the farm after they’ve seen Paree. Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriffs, ARSP 83 (1997), 37-66.

Dies sei jedoch bereits deshalb zum Scheitern verurteilt, weil Menschen sich schon auf einer phänomenologischen Ebene nicht als solche Wesen erfahren und begreifen könnten. Unsere Welt werde vielmehr schlechthin durch unsere jeweilige kulturelle Lebensform und deren Geschichte geprägt, die für unser Selbstverständnis einen normativen und kognitiven Hintergrund bilde, den wir weder ganz verstehen noch wesentlich verändern könnten. Die für uns konstitutiven sozialen Bindungen seien allesamt keine gewählten, sondern vorgefundene. Unsere Selbsterkenntnis als moralisch Handelnde müsse immer nach unserer Identität schlechthin fragen und könne dabei nicht anders, als in „starken Wertungen“ die je für diese Identität schon konstitutive Gemeinschaft mit ihrem je spezifischen Werthorizont aufzufinden. Solche Gemeinschaften würden durch ein „gemeinsames Gut“, durch ein gemeinsames Vokabular, durch „gemeinsame Identitäten und geteilte Zwecke“ bzw. durch einen gemeinsamen „Hintergrund impliziter Praktiken und Einverständnisse“ zusammengehalten. Zugleich würden diese Gemeinschaften wesentlich „durch ihre Vergangenheit konstituiert“, sie seien „Erinnerungsgemeinschaften“, deren Loyalitäts- und Verpflichtungsmuster in erster Linie durch die tradierten „Gemeinschaftsgebräuche“ definiert werden und die idealiter eine Interpretation der Welt im Ganzen liefern. Kurz, soziale Integration erfolge (allein) auf der Grundlage einer gemeinsamen Kultur.

Weil nun die Erfahrung unserer je eigenen moralischen Identität immer konstitutiv auf konkrete Gemeinschaften bezogen bleiben müsse, seien die Individuen außerhalb ihrer durch die Gemeinschaft bereits konstituierten Identität nur zur Verfolgung defizienter und entfremdeter, weil willkürlicher Vorstellungen des „richtigen“ Lebens in der Lage. Eben weil die Standards praktischer Rationalität Weltbildern und Traditionen verhaftet bleiben müssten, seien universalisierbare moralische und rechtliche Normen, anhand derer die faktisch geltenden, kontextgebundenen Geflechte von Normen und Werten je partikularer Gemeinschaften einer („externen“) Kritik unterworfen werden könnten, letztlich nicht begründbar. Deshalb müsse die herrschende „Politik der Rechte“ durch eine „Politik des gemeinsamen Guten“ ersetzt werden; das Recht habe im Wesentlichen die „gelebte Sozialmoral“ der jeweiligen kulturellen und politischen Gemeinschaft zum

Ausdruck zu bringen. Der integrationistische Kommunitarismus fordert damit die liberale Grundüberzeugung des Vorrangs des Rechten vor dem Guten¹⁷⁸ heraus – genauer: die Überzeugung, dass individuelle Grundfreiheiten und Grundsätze der politischen Gerechtigkeit der individuellen wie der kollektiven Suche nach dem „richtigen“ Leben Grenzen setzen.

Die kommunitarismuskritische Diskussion der vergangenen drei Jahrzehnte, die an dieser Stelle nicht zu rekapitulieren ist, hat auf dieses Thesenkonglomerat intensiv reagiert. Für die Argumentation des vorliegenden Textes scheinen vor allem drei Aspekte dieser Kritik wesentlich. Der *erste* lässt sich mit dem Begriff einer „Kolonisierung des Rechts durch die Lebenswelt“¹⁷⁹ bezeichnen: Am Horizont der Reduktion des normativen Anspruchs des Rechts auf ein vorfindliches Ethos steht entweder die kulturelle Homogenisierung der Rechtsgemeinschaft oder ihr Zerfall in ihrerseits homogenisierte Einheiten, in keinem Fall aber eine Antwort auf die von John Rawls aufgeworfene Frage, wie es denn überhaupt noch gelingen könne, „eine Gesellschaft freier und gleicher Bürger, die durch inkompatible religiöse, philosophische und moralische Lehren getrennt“ sind, in *einer* stabilen konstitutionellen Ordnung zu integrieren.¹⁸⁰ Zugleich stellt sich das Problem, wie sich Kulturen, die als einzige moralische Ressource ihre partikulare Tradition haben, noch untereinander normativ verständigen können. Da der integrationistische Kommunitarismus die normative Binnenstruktur konkreter Gesellschaften von der Überprüfung durch mit Gründen operierende Diskurse freihalten will, wäre mit ihm *zweitens* die Idee eines „vernünftigen Rechtssystems“ verabschiedet, in dem rechtliche Ideale in Gestalt von Prinzipien Forderungen der prak-

178 Vgl. Rawls, Vorrang (Fn. 40).

179 Gutmann, Aporien (Fn. 177), 60.

180 Rawls, Politischer Liberalismus (Fn. 40), 14. Zu einem Überblick über die Theorie des Politischen Liberalismus siehe z.B. Thomas Gutmann, Religiöser Pluralismus und liberaler Verfassungsstaat, in: Karl Gabriel/Christian Spieß/Katja Winkler (Hg.), Modelle des religiösen Pluralismus. Historische, religionssoziologische und religionspolitische Perspektiven, 2012, 291-315.

tischen Vernunft auszudrücken vermögen.¹⁸¹ *Drittens* schließlich gibt der kommunitaristische Diskurs Anlass, an die Pathologien des Kulturbegriffs zu erinnern. Der Begriff der „kollektiven Identität“¹⁸² lässt sich nach Lutz Niethammers ideologiekritischer Begriffsgeschichte, die die „Vermittlung zwischen Kultur und Gewalt durch kollektive Identitätsbestimmungen“¹⁸³ herausgearbeitet hat, nicht mehr naiv verwenden – weder in seinen konstruktivistischen Spielarten als *imagined communities*¹⁸⁴ noch gar in seinen essentialistischen Formen. „Kultur“ und „Identität“ waren – gerade weil Kulturen „für die Menschen Gegenstand ihrer umfassendsten Identifikation“¹⁸⁵ sind bzw. sein sollen – immer auch Hegemonitätskonzepte, immer auch Kampfbegriffe, die der „Abgrenzung gegen die andere Kultur“ dienten, durch distinktive Symbolik nach außen Xenophobie förderten¹⁸⁶ und nach innen diskri-

181 Vgl. Robert Alexy, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems, in: ders./Ralf Dreier/Ulfrid Neumann (Hg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute (ARSP Beiheft 44), 1991, 30ff.; Habermas, Faktizität und Geltung (Fn. 12), 134 ff., 188 ff., 343 f. sowie Bernhard Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, 1991, 272 ff., 314.

182 Lutz Niethammer, Kollektive Identität. Heimliche Quellen einer unheimlichen Konjunktur, 2000. Siehe dazu auch Jürgen Straub, Identität, in: Handbuch der Kulturwissenschaften (Fn. 17), Band 1, 277-303, 290 ff. (dort auch zu einem Vorschlag rekonstruktiver Begriffsbestimmung, 298 ff.) und Burkhard Liebsch, Kulturelle Lebensformen – zwischen Widerstreit und Gewalt, in: Handbuch der Kulturwissenschaften (Fn. 17), Band 1, 190-206, 192 ff.

183 Niethammer, Identität (Fn. 182), 625.

184 Der Begriff geht zurück auf Benedict Anderson, Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, 1983. Hierin liegt zugleich die Problematik einer „totalitätsorientierten“ Vorstellung von sozialer Integration zu einer überindividuellen Kollektiv-Identität begründet, die die Verfassung in Smend'scher Tradition leisten soll, siehe hierzu Dreier, Integration (Fn. 141).

185 Samuel P. Huntington, Kampf der Kulturen. Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert, 1996, 49.

186 Aleida Assman/Jan Assmann, Kultur und Konflikt: Aspekte einer Theorie unkommunikativen Handelns, in: Jan Assmann/Dietrich Harth (Hg.), Kultur und Konflikt, 1990, 11-48, 29, 39.

minierten¹⁸⁷; in beiden Dimensionen stehen sie der Idee einer Integration durch Recht entgegen.

3. Das Recht des Multikulturalismus

Auf andere Weise tritt ein kultureller Identitätsbegriff in der Semantik von „*identity politics*“ und der theoretischen Reflexion der Kämpfe marginalisierter (oder sich als marginalisiert empfindender) Minderheiten um Anerkennung¹⁸⁸ hervor, die in der Politischen Theorie und Rechtsphilosophie unter der Überschrift des Multikulturalismus¹⁸⁹ verhandelt werden.¹⁹⁰ Der Hauptstrom der Multikulturalismus-Diskus-

- 187 Dass die Vorstellung, das Recht müsse der Sicherstellung sozialer Kohäsion und „Integrität“ dienen, welche unmittelbar von einer gemeinsamen Moral und einer einheitlichen Kultur abhingen, rechtspolitisch zu Diskriminierung des „Anderen“ (hier: von homosexuellen Menschen) führen muss, belegt das klassische Beispiel *Lord Devlin*, *The Enforcement of Morals*, 1959. Zu einer theoretischen Einordnung siehe *Robert Post*, *Law and Cultural Conflict*, *Chicago-Kent Law Review* 78 (2003), 485-508.
- 188 Dazu *Iris Marion Young*, *Justice and the Politics of Difference*, 1990; *Amy Gutmann*, *Identity in Democracy*, 2003 und *Nancy Fraser/Axel Honneth*, *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, 2003.
- 189 Zum Überblick: *Sarah Song*, *Multiculturalism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/multiculturalism> [9.8.2015] sowie die Beiträge von *Jeff Spinner-Halev*, *Multiculturalism and its Critics*, und *Chandran Kukathas*, *Moral Universalism and Cultural Difference*, in: John S. Dryzek/Bonnie Honig/Anne Phillips (Eds.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, 2006, 546-563 bzw. 582-597.
- 190 Der Begriff von „Kulturen“ und kultureller Gruppen, die die rechtliche Sicherung ihrer Bewahrung, Ausdrucksmöglichkeiten und Selbstregulierung verlangen, dient hier als Sammelbegriff für Identitätszuschreibungen, die den Kategorien von Religion, Herkunft, Ethnizität, Sprache, Rasse oder sexueller Orientierung folgen, vgl. *Sarah Song*, *The Subject of Multiculturalism: Culture, Religion, Language, Ethnicity, Nationality, and Race?*, in: Boudewijn Paul de Bruin/Christopher F. Zürn (Eds.), *New Waves in Political Philosophy*, 2008, 177-197. Zur Soziologie des Charakters kultureller Differenzen in heutigen Gesellschaften siehe *Bernhard Peters*, „Multikulturalismus“ und „Differenz“. Zu einigen Kategorien der Zeitdiagnose, in: Herfried Münkler/Bernd Ladwig (Hg.), *Furcht und Faszination. Facetten der Fremdheit*, 1997, 223-253.

sion, der sich aus sehr unterschiedlichen philosophischen Quellen nährt¹⁹¹, unterscheidet sich von den meisten anderen der in dem vorliegenden Beitrag diskutierten Phänomene zunächst dadurch, dass in ihm das Verhältnis von „Kultur(en)“ und „Recht“ von vornherein Gegenstand *normativer* theoretischer Analysen und Debatten ist.

Für das Recht wirft die Problematik von Minderheitskulturen technische Probleme und solche praktischer Abwägung auf, aber auch theoretisch intrikate Fragen nach gruppendifferenzierten¹⁹² Rechten oder Kollektiv- bzw. Gruppen-Rechten.¹⁹³ Hierbei steht nicht zuletzt die Frage im Vordergrund, inwieweit die institutionelle Stärkung von Minderheitskulturen und ihrer jeweiligen „Gruppenautonomie“ mit den Mitteln des Rechts hergebrachte Herrschaftsverhältnisse innerhalb dieser Gruppen aufrecht halten und damit auf Kosten einzelner Mitglieder oder Untergruppen erfolgen würde¹⁹⁴ – ein Aspekt, den Susan Moller Okin mit ihrer Frage, ob „Multikulturalismus schlecht für Frauen ist“¹⁹⁵, auf den Punkt gebracht hat.

Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage nach den Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument erscheinen zwei Kristallisationspunkte der Diskussion von besonderem Interesse. Ein erster, der gerne als Einwand des Kosmopolitismus bezeichnet wird, betrifft die Frage nach einem deskriptiv wie normativ adäquaten Be-

191 Für eine liberal-egalitäre Version siehe *Will Kymlicka*, *Liberalism, Community, and Culture*, 1989; *ders.*, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, 1995 sowie *ders.*, *Multicultural Odysseys*, 2007, 61 ff.

192 Dazu differenziert *Will Kymlicka* (Ed.), *The Rights of Minority Cultures*, 1995.

193 Ablehnend *Chandran Kukathas*, *Are There Any Cultural Rights?*, *Political Theory* 20 (1995), 105-139 und *ders.*, *The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom*, 2003; vermittelnd auf individualistischer Grundlage *Steven Wall*, *Collective Rights and Individual Autonomy*, *Ethics* 117 (2007), 234-264.

194 Zum „problem of internal minorities“ siehe *Abigail Eisenberg/Jeff Spinner-Halev* (Eds.), *Minorities within Minorities: Equality, Rights, and Diversity*, 2005 und *Daniel M. Weinstein*, *Liberalism, Multiculturalism, and the Problem of Internal Minorities*, in: Anthony Simon Laden/David Owen (Eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, 2007, 245-264.

195 *Susan Moller Okin*, *Is Multiculturalism Bad for Women?* in: Joshua Cohen/Matthew Howard/Martha Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?* 1999, 7-24.

griff der Kultur. Autoren wie Amartya Sen¹⁹⁶, Jeremy Waldron¹⁹⁷ und Seyla Benhabib¹⁹⁸ haben – im Anschluss an den bereits dargelegten Befund der kulturellen Hybridität und Komplexität moderner Gesellschaften¹⁹⁹ – nicht zuletzt darauf abgestellt, dass die These, wir hätten eine klare, homogene Identität, eine Illusion darstellt und dass die Vorstellung, das Menschsein mit seinen pluralen Zugehörigkeiten und seinen ganz unterschiedlichen identitätsvermittelnden sozialen Kontexten ließe sich auf ein einziges, angeblich dominierendes Klassifikationsschema verkürzen, unterkomplex und falsch sei. In diesem Sinn wäre bereits die deskriptive Unangemessenheit des multikulturalistischen Kulturbegriffs ein Argument dafür, ihn auch für das Recht für verfehlt zu halten.

Der Kern des normativen Streits²⁰⁰ liegt in der Frage, ob das *Faktum* des Multikulturalismus tatsächlich Formen des Rechts nahe legt, die die identitätspolitische Anerkennung kultureller Minderheiten regeln und die Integrität und Differenz bestehender Kulturen um ihrer selbst willen garantieren. So hat Jürgen Habermas gegen Charles Taylor eingewandt, dass anstelle eines solchen „administrativen Artenschutzes“²⁰¹ die konsequente Verwirklichung des individualistischen Systems der Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte reiche, um die Integrität des Einzelnen auch in seinen identitätsbildenden Lebenszusammenhängen, Gruppenzugehörigkeiten und Assoziationen zu schützen. Gehört die politische Theorie des Multikulturalismus und ihrer

196 Amartya Sen, *Die Identitätsfalle. Warum es keinen Krieg der Kulturen gibt*, 2007.

197 Jeremy Waldron, *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*, in: Will Kymlicka (Ed.), *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, 1995, 93-119; ders., *What is Cosmopolitan?*, *The Journal of Political Philosophy* 8 (2000), 227-243.

198 Seyla Benhabib, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, 2002.

199 Siehe Fn. 125 f.

200 Siehe dazu auch die Sammlung kontroverser Beiträge in: Omid A. Payrow Shabani (Ed.), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, 2007.

201 Jürgen Habermas, *Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat*, in: Charles Taylor/Amy Gutmann/Steven C. Rockefeller/Michael Walzer/Susan Wolf/Jürgen Habermas, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1997, 147-196, 154, 173.

„Politik der Differenz“, wie Timothy Garton Ash²⁰² meint, also auf den konzeptionellen Müllhaufen der Geschichte, weil ihr berechtigtes Anliegen und die vernünftige Antwort des Rechts auf das Phänomen religiöser und kultureller Pluralisierung in den klassischen Formen des inklusiven, liberalen und begründungsneutralen²⁰³ Rechtsstaats weit besser aufgehoben seien, als in „eine[r] alles relativierende[n] Koexistenz unverbundener und von außen unantastbarer Minderheitskulturen“?²⁰⁴ Jedenfalls für die deutsche Rechtsordnung scheint Stefan Husters Befund zuzutreffen, dass „der moderne Verfassungsstaat davon [lebt], dass bestimmte Zusammenhänge normativ entkoppelt sind“ und deshalb „der Status des Bürgers mit gleichen Freiheits- und Mitwirkungsrechten von seiner kulturellen – insbesondere religiös-weltanschaulichen – Orientierung gerade unabhängig und dadurch von kulturellen Homogenitätsansprüchen entlastet“ ist.²⁰⁵

4. Die ‚Kultur des Abendlands‘

Ungeachtet des Stands dieser Debatte finden sich Spielarten eines normativ aufgeladenen holistischen Kulturbegriffs auch in der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaft, namentlich dort, wo mit der Be-

202 Timothy Garton Ash, *Freedom & Diversity: A Liberal Pentagon for Living Together*, The New York Review of Books, November 22, 2012.

203 Zu Begründung und Leistungsfähigkeit des Prinzips: Stefan Huster, *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*, 2002; Dreier, *Säkularisierung* (Fn. 68), 25 ff. und nunmehr Bijan Fateh-Moghadam, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts. Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität*, 2015.

204 So (kritisch) Claus Leggewie, *Zugehörigkeit und Mitgliedschaft. Die politische Kultur der Weltgesellschaft*, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 1, 316-33, 323.

205 Stefan Huster, *Kultur im Verfassungsstaat*, VVDStRL 65 (2006), 51-82, 77. Zugunsten einer Beschränkung des Ausbaus kultureller Rechte auf rein individualrechtliche Positionen, die um der individuellen Freiheit willen gewährt werden, argumentieren auch Gabriele Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung. Über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz*, 2000, 174 ff., 303, 306 und Möllers, *Pluralität* (Fn. 175), 237 ff., 243.

hauptung, die „christliche Kultur“ liege der Verfassung voraus und überforme sie, die Privilegien des organisierten Christentums verteidigt werden – etwa wenn Arnd Uhle das Christentum als „Entstehungs- und Geltungsbedingung“ der Verfassung bezeichnet.²⁰⁶ Dasselbe gilt für die verbreitete These, dass der Würdesatz des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1 GG) als oberstes Konstitutionsprinzip der Verfassung ohne seine spezifisch christliche Interpretation bodenlos bleibe und mit den Mitteln der profanen Vernunft allein, d.h. unter Verzicht auf ihre theologische Begründung, nicht einsichtig gemacht werden könne.²⁰⁷ Diese Behauptung muss geistesgeschichtlich ebenso scheitern wie rechtstheoretisch; die Ordnung des Grundgesetzes lässt sich vor dem Hintergrund der Säkularisierung der Normenbegründung²⁰⁸ mit den Mitteln christlicher Theorie nicht einmal rekonstruieren. An

- 206 Arnd Uhle, *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2005, 25 ff., 353 ff., 454 ff. Zu kritisieren ist hier nicht der Hinweis auf die historische Bedeutung des Christentums für die Rechtsentwicklung in Europa (siehe etwa *Harold J. Berman*, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983; *ders.*, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, 1993; daneben in der vorliegenden Reihe: *Wolfgang Huber*, *Rechtfertigung und Recht. Über die christlichen Wurzeln der europäischen Rechtskultur*, 2001), sondern der Kurzschluss von der Genese eines christlichen Rechtsverständnisses auf seine anhaltende Geltung. Diesen begehen auch z.B. *Christian Hillgruber*, *Staat und Religion – Überlegungen zur Säkularität, zur Neutralität und zum religiös-weltanschaulichen Fundament des modernen Staates*, 2007, 52 ff. (ebendort, 89, gegen „christophobe Neutralitätsskrupel“); *ders.*, *Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport*, in: *JZ* 54 (1999), 538-547, 547; *Paul Kirchhof*, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen*, *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 39 (2005), 105-122, 114 ff. sowie *Udo di Fabio*, *Christentum und Rechtskultur als Grundlage des Staatskirchenrechts*, *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 42 (2008), 129-144, 137, 142 ff.
- 207 Nachweise und Kritik bei *Thomas Gutmann*, *Säkularisierung und Normenbegründung*, in: *Nils Jansen/Peter Oestmann* (Hg.), *Gewohnheit, Gebot, Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart – Eine Einführung*, 2011, 221-248 und *Dreier*, *Säkularisierung* (Fn. 68), 25 ff.
- 208 *Dreier*, *Säkularisierung* (Fn. 68), 25 ff.; *Gutmann*, *Säkularisierung* (Fn. 207); *Thomas Gutmann/Ludwig Siep/Bernhard Jakl/Michael Städtler* (Hg.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen. Zum Verhältnis von Religion und Politik in der Philosophie der Neuzeit und in rechtssystematischen Fragen der Gegenwart*, 2012.

dieser Stelle muss indes vor allem die exkludierende Anmaßung interessieren, die die Rede von den „christlich-abendländischen“ Fundamenten des Rechtsstaats enthält, behauptet sie doch letztlich nicht weniger, als dass nur derjenige möglicher demokratischer Mit-Autor des Rechts und damit *citoyen* sein könne, der sich selbst in die christliche Tradition einschreibe und zu ihrer ‚Kultur‘ gehöre. Auch an dieser Stelle ist deshalb jener Doppelbefund festzuhalten, den der vorliegende Beitrag herausarbeiten möchte. Erstens: Die Homogenisierung gesellschaftlicher Erwartungshorizonte, der holistische Kulturbegriffe dienen, ist auf Exklusion angelegt. Sie unterscheiden *notwendigerweise* die Bürger, die zur Leitkultur bzw. zur hegemonialen Tradition gehören von jenen, auf die dies nicht zutrifft. Mit anderen Worten: Sie diskriminieren.²⁰⁹ Zweitens: Jede Bezugnahme auf eine „gemeinschaftliche Identität“ als Quelle der Rechtsordnung kann nur dazu dienen, Begründungsanforderungen für rechtliche Normen zu überspringen.²¹⁰ Mit ihrer Hilfe lassen sich außergesetzliche, ideologisch begründete Werturteile in die bestehende Rechtsordnung einschleusen, ohne dass dieser Vorgang methodisch kontrolliert werden könnte.²¹¹

209 Das Bundesverfassungsgericht ist in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen vom 27.1.2015 (1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10; NJW 2015, 1359, Tz. 78) dem Versuch entgegengetreten, eine Diskriminierung aus religiösen Gründen dadurch zu maskieren, dass sie (wie dies der für nichtig erklärte § 57 Abs. 4 Satz 3 NRW-SchulG tat) als scheinbar harmlose Privilegierung „christlich-abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen“ auftritt.

210 Vgl. auch Möllers, Pluralität (Fn. 175), 232. Siehe zum Ganzen nun auch: *Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann/Michael Neumann/Thomas Weitin*, Säkulare Tabus. Die Begründung von Unverfügbarkeit, 2015.

211 In zugespitzter Form können beide Mechanismen an einem extremen Fall studiert werden, nämlich an dem Aufsatz „Verfassungshorizont und Taburaum“ des ehemaligen Bonner Staatsrechtlers *Stefan Haack*, der im Jahr 2011 im Archiv des öffentlichen Rechts (Band 136, 365-401) erschienen ist. Haack verortet den Ursprung der Rechtsordnung in einer „gemeinschaftliche[n] Identität“ der Rechtsgegnossen. Auf dieser Grundlage entfaltet er die These, „dass jede rechtliche Ordnung der verfassten Gemeinschaft einen gedanklichen Horizont aufweist [...], hinter welchem ein Raum des ordnungsfremden Verhaltens, sprich: des Tabus liegt.“ (371) Wie die rechtliche Ordnung selbst sei auch der Taburaum ein unmittelbares „Resultat der gemeinschaftlichen Identität“ (374). Dabei soll die Pointe

5. Poststrukturalistische Phantasmagorien

Worauf abschließend noch hinzuweisen ist, ist ein evaluativ aufgeladener Kulturbegriff, der in verdeckter Form und aus einer gänzlich anderen Richtung kommend auftritt. Die kulturtheoretische Kritik an der liberalen Selbstbeschreibung der Politik und des Rechts nimmt nicht nur die Form von Verweisen auf die Dignität kollektiver Identitäten und die von ihnen angeblich bereit gestellten vorrechtlichen Sinnhorizonte des Rechts an. Diese gleichsam hermeneutisch verfahrenenden normativen Kulturtheorien werden durch eine zweite Gruppe ergänzt (und zugleich kritisiert), die in ihrer Mehrheit auf den Familiennamen des Poststrukturalismus oder der Dekonstruktion hören²¹² und deren

des Begriffs des „Ordnungsfremden“ darin liegen, dass ein Verbot dessen, was ihm unterfällt, keiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfe: Verhalten, das im „Taburaum“ liegt, soll ohne Weiteres auch dann verboten werden können, wenn sich kein Rechtsgut benennen lasse, das geschützt werden soll (392); „Verbotstatbestände, die das untersagen, was zum Taburaum gehört, können nicht als unverhältnismäßig erscheinen“ (389). Haack geht so weit, zu behaupten, dass Unrecht, das außerhalb des durch unsere „Identität“ geprägten Verfassungshorizonts liege, von den Organen der rechtlichen Ordnung lediglich deklaratorisch zum Unrecht erklärt werde (375), ohne dass es hierfür einer Entscheidung oder gar einer Begründung bedürfe. Auf diese Weise wird die Deduktion von Rechtssätzen vollständig von den Prinzipien rationaler Begründung oder prozeduraler Legitimation entkoppelt. Was im „Taburaum“ liegt, soll nach Haack gewissermaßen naturwüchsig aus dem Wesen der „konkreten Ordnung“ (372 ff.) der Gemeinschaft folgen. Der Haack'sche Identitäts-Diskurs zeigt so zweierlei: Erstens eine aggressive Form der Unterscheidung zwischen dem „Wir“ und den „Anderen“. Holistischen Kulturbegriffen, wohnt, wenn sie in normativer Absicht gebraucht werden, eine Tendenz zur autoritären Homogenisierung inne. Zweitens verbirgt sich hinter der substantialistischen und zugleich keiner Begründung bedürftigen konkreten Solensordnung des „Taburaums“ doch nur die Kontingenz der ideologischen Ressentiments und Entscheidungen ihres Autors; sein Inhalt ist willkürlich. Der Begriff kultureller Identität ist theoretisch völlig unterbestimmt, und darin, dass er dies ist, liegt gerade seine Attraktivität und seine rechts- und theoriepolitische Funktion. Zu lernen ist aus dem Beispiel auch, dass der Kulturbegriff für die Sicherung rechtsstaatlicher Mindestgarantien jedenfalls die falsche Ressource ist. Siehe hierzu auch *Fateh-Moghadam et al.*, Säkulare Tabus (Fn. 210).

- 212 Siehe hierzu *Andreas Reckwitz*, Die Politik der Moderne aus kulturtheoretischer Perspektive: Vorpolitische Sinnhorizonte des Politischen, symbolische Antagonismen und das Regime der Gouvernementalität, in: Birgit Schwellung (Hg.), Politik-

Selbstbeschreibung als „Kulturtheorien“ dem eher kontingenten Umstand geschuldet ist, dass die anglo-amerikanische Richtung der *Cultural Studies* (in teilweiser Überschneidung mit dem *Critical Legal Studies Movement*²¹³) sich diesen Ansätzen früh geöffnet hat.²¹⁴

Dieser zweiten Theoriefamilie geht es um den Aufweis der nicht bewussten oder invisibilisierten Strukturen der modernen Politik, der widersprüchlichen und agonalen Verfasstheit herrschender kultureller Codes und der machtvormittelten Produktionsweisen spezifisch moderner Subjektivität. Sie zielen auf eine Dekonstruktion und Delegitimation der „großen“ – namentlich der liberalen – Erzählungen über die Moderne, die modernen Subjekte und das moderne Recht²¹⁵ und nicht zuletzt darauf, die Unmöglichkeit oder jedenfalls die Irrelevanz gelingender normativer Begründung zu erweisen. Es besteht kein Mangel an Ansätzen, die die immanente Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit des rechtlichen Regelsystems im Allgemeinen und der Rechtsanwendung im Besonderen betonen²¹⁶ oder die paradoxe Natur „des Rechts“ bzw. zentraler dogmatischer Begriffe behaupten²¹⁷, die auf einen infiniten Regress alternativer Interpretationsmöglichkeiten rechtlicher Normen verweisen²¹⁸ oder den Versuch unternehmen, den

wissenschaft als Kulturwissenschaft. Theorien – Methoden – Forschungsperspektiven, 2004, 33-56.

213 Exemplarisch *Rosemary J. Coombe*, *Critical Cultural Legal Studies*, *Yale Journal of Law & the Humanities* 10 (1998), 463-486.

214 Vgl. *Heidrun Friese*, *Cultural studies – Forschungsfelder und Begriffe*, in: *Handbuch der Kulturwissenschaften* (Fn. 17), Band 2, 467-485 sowie Fn. 29.

215 Vgl. *Reckwitz*, *Politik* (Fn. 212).

216 Vgl. etwa *Duncan Kennedy*, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, *Harvard Law Review* 89 (1976), 1685-1778 und *ders.*, *A Critique of Adjudication* [fin de siècle], 1997.

217 Vgl. etwa *Mark Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 1987, 3 ff.; *Stanley Fish*, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, 1989; *Costas Douzinas/Adam Gearey*, *Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice*, 2005.

218 Vgl. etwa *Jacques Derrida*, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, 1991; *Stanley Fish*, *Doing What Comes Naturally* (Fn. 217) und *ders.*, *The Trouble with Principle*, 1999. Zu einer (fast) systemtheoretischen Spielart siehe die fröhliche Paradoxologie *Gunther Teubners*, „And God Laughed...“: Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law [1989], in: David M. Trubek/Christian Jo-

Anspruch, dass Rechtstexte als Teil einer kohärenten Ordnung interpretiert und normative Geltungsansprüche eingelöst werden können, zu dekonstruieren und zu suspendieren.²¹⁹ Theorien dieses Typs sehen sich allerdings der – am Beispiel Michel Foucaults schon in den 1980er Jahren etwa von Nancy Fraser, Jürgen Habermas, Charles Taylor und Michael Walzer²²⁰ intensiv debattierten – Frage gegenüber, ob sie infolge ihrer Prämissen nicht von vornherein außerstande sind, die von ihnen selbst (zumindest implizit) erhobenen normativen Geltungsansprüche einzulösen.

Aus der Sicht einer an Begründung interessierten Theorie des Rechts können die Vertreter/innen dieser Theoriefamilie nur eine von drei Karten spielen: Man kann entweder alle normativen Relationen auf Machtverhältnisse (oder Relationen der Kontingenz) reduzieren, sodass in ihnen nur noch *faktisch*, aber eben nicht mehr mit Gründen, Partei ergriffen werden kann.²²¹ Dies ist die nihilistische Option. Oder aber man versucht, das eigene *normative* Anliegen als berechtigt zu

erges/Peer Zumbansen (Eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Republication [with a New Introduction] Twenty-Five Years Later, *German Law Journal* 12 (2011) Nr. 1, 376–406.

219 Peter Goodrich, *Law and Modernity*, *The Modern Law Review* 49 (1986), 545–559; Anthony Carty, *Postmodern Law: Enlightenment, Revolution and the Death of Man* 1990; Costas Douzinas/Ronnie Warrington/Shawn McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law*, 1991.

220 Vgl. Nancy Fraser, *Foucault on Modern Power: Empirical Insights and Normative Confusions*, *Praxis International* 1 (1981), 272–287; Michael Walzer, *The Politics of Michel Foucault*, in: David C. Hoym (Ed.), *Foucault: A Critical Reader*, 1986, 51–68; Charles Taylor, *Foucault über Freiheit und Wahrheit* [1984], in: ders., *Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus*, 1992, 188–234; Jürgen Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, 1985, 327 ff. und Richard J. Bernstein, *Foucault: Critique as a Philosophic Ethos*, in: Axel Honneth et al. (Hg.), *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, 1989, 395–425.

221 Zur nietzscheanischen Lesart der These, der zufolge alle Geltungsansprüche nur perspektivische Funktionen eines agonalen Machtstrebens darstellen und es ohnehin „keine Erkenntnis gibt, die nicht auf Ungerechtigkeit beruht“, siehe Michel Foucault, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire* [1971], in: *Dits et écrits 1954–1988* par Michel Foucault, éd. Daniel Defert et François Ewald, tome II, 1994, 136–156, 155 und hierzu Thomas Gutmann, *Nietzsches ‚Wille zur Macht‘ im Werk Michel Foucaults*, in: *Nietzsche-Studien* 27 (1998), 377–419, 397 ff.

erweisen, obwohl dieser Anspruch nach den eigenen Prämissen kein Fundament besitzen kann. Das ist die Option des performativen Widerspruchs.²²² Von keiner dieser beiden Optionen führt ein Weg zu rechtswissenschaftlicher Begründung, und hierin dürfte der Grund für den *ennui* liegen, den dieses theoretische Spiel hervorruft. Eine dritte Option scheint nun darin zu bestehen, das „Andere“ des liberalen, rechtsstaatlichen Mainstreams, anstatt es durch Gründe auszuweisen, raunend zu beschwören. Sie lässt sich exemplarisch an der sich selbst als philosophisch verstehenden²²³ „Kulturtheorie des Rechts“ Ulrich Halterns erläutern. An dieser ist nun keineswegs zu kritisieren, dass Haltern, meist in starker Nähe zu seinem Gewährsmann Paul W. Kahn²²⁴, die Wissenschaft vom Recht in jenem „kritischen Raum“ sucht, der von allen Anwendungskontexten der Arbeit am Recht befreit ist²²⁵, wohl aber, wie er diesen Raum versteht.

Haltern wird nicht müde, zu behaupten, seine Analyse sei nur ein Unternehmen politisch-rechtlicher Ontologie, die das von ihr Beschriebene keinesfalls rechtfertigen wolle.²²⁶ In der Tat wäre auch nicht zu sehen, wie sich mit den theoretischen Werkzeugen, die er einsetzt – einer symbolischen Formanalyse, verbunden mit einer Genealogie ungefähr Foucault'schen Typs – ein normatives Argument formen ließe. Die einschlägigen Texte sind freilich mit Kryptonormativität vollgesogen wie ein nasser Schwamm: Haltern macht deutlich,

222 Vgl. zu letzterer auch die Kritik *Günther Frankenbergs*, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2009, 94-111, 107.

223 *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 193.

224 *Paul W. Kahn*, The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship, 1999; *ders.*, Putting Liberalism in its Place, 2004; *ders.*, Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law, *Yale Journal of Law and the Humanities* 13 (2001), 141-171. Die Nähe zeigt sich auch im methodischen Zugriff, vgl. *Ulrich Haltern*, Recht und soziale Imagination, in: Werner Gephart (Hg.), *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, 2012, 89-102, 96 f. und *Kahn*, The Cultural Study of Law, 40 ff., 7 ff., 91 ff.

225 *Kahn*, Cultural Study (Fn. 224), 1; *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 204, 206 ff.

226 *Haltern*, Notwendigkeit (Fn. 18), 209, 218 f. *ders.*, Recht und soziale Imagination (Fn. 224), 89-102, 100. Ganz anders freilich *ders.*, *Europarecht und das Politische* (Fn. 18), 13.

dass er auf eine Kritik des Begründungsunternehmens der Idee des liberalen Rechtsstaats²²⁷ und seines Versuchs zielt, eine Grenze zwischen legitimer und illegitimer Ordnung zu bestimmen. Er will hierfür die These, Recht könne eine legitime Quelle von Autorität sein, „angreifen und Stück für Stück widerlegen“.²²⁸ Unfähig, dies direkt zu tun, konfrontiert er das Unternehmen des Rechts, die Differenz zwischen legitimer (oder wenigstens legitimierbarer) und illegitimer Gewalt zu benennen, mit der Feier einer Metaphysik des „Willens“ und des nackten „Politischen“.²²⁹ Dabei liegt die Pointe des Haltern'schen Ansatzes darin, die „um religiöses und mythisches Denken herum organisiert[e]“²³⁰ Tiefenstruktur des demokratischen Rechtsstaats als aufklärungsresistent zu präsentieren. Die „konzeptionellen Bedingungen einer sozialen Praxis, welche wir die Herrschaft des Rechts oder Rule of Law nennen“²³¹ werden in der Unausweichlichkeit eines *mysterium tremendum*, in der „Kategorie des Heiligen“ verortet, das sich weiterhin im ‚Souverän‘ als *corpus mysticum* offenbare.²³² In all dem bietet Haltern eine nur scheinbare Kritik der sakralen Aufladung der Politik und des Rechts – eine Kritik, die ihren eigenen Schauwert aus eben dieser Aufladung zieht²³³ und deshalb umso kräftiger an ihrer Beschwörung mitwirkt. Auch die sich eigenartig windende Sprecherposition der Haltern'schen „Kulturtheorie des Rechts“ findet so, *quod*

227 Ulrich Haltern, Erklärungsnotstand des Liberalismus: Warum Rechtswissenschaft keine Wissenschaft der Politik ist, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, 2007, 145-166.

228 Haltern, Notwendigkeit (Fn. 18), 204; ders., Recht und soziale Imagination (Fn. 224), 91.

229 Haltern, Erklärungsnotstand (Fn. 227), 156, 164; ders., Europarecht (Fn. 18), 44ff.

230 Haltern, Notwendigkeit (Fn. 18), 219.

231 Haltern, Recht und soziale Imagination (Fn. 224), 96.

232 Vgl. Haltern, Notwendigkeit (Fn. 18) 210 ff., im Anschluss an Agamben; ders., Was bedeutet Souveränität?, 2007; ders., Europarecht (Fn. 18), 64 ff., 85 ff. sowie Kahn, Liberalism (Fn. 224), 159 ff.

233 „Haltern gibt den Anschein, er wolle die Büchse der Pandora öffnen, um sie gründlich zu reinigen“, wie Fabian Steinhauer, Non Plus Ultra. Zu Formen der Kulturwissenschaft im Recht, Der Staat 47 (2008), 63-84, 67, dies auf den Punkt bringt.

erat demonstrandum, einen Weg, evaluative Effekte zu erzielen und dabei Begründungsanforderungen im Recht zu überspringen. Nur in zweiter Linie wäre zu kritisieren, dass ihre inhaltlichen Phantasmagorien – der „Raum der Gewalt, der sich durch Recht nicht einfangen lässt“²³⁴, der „Raum der Souveränität jenseits des Rechts“²³⁵, das „Politische“²³⁶, das „Heilige“²³⁷, das „Opfer“²³⁸ und die „Opferbereitschaft“²³⁹ – ähnlich wie manche Wendungen bei Carl Schmitt, Giorgio Agamben und Alain Badiou²⁴⁰, ungeachtet ihrer theologisch-sakralen Konnotationen zu jenem Begriffsnetz zählen, das man als die gewalt-pornographische Tradition der politischen Philosophie bezeichnen kann. Am Ende gilt auch hier, dass die Arbeit am Recht durch den Begriff der Kultur keine Aufklärung zu erwarten hat.

234 Haltern, Notwendigkeit (Fn. 18), 201, 217.

235 Ebd., 217.

236 Siehe Fn. 229.

237 Siehe Fn. 232.

238 Ulrich Haltern, Pathos and Patina. The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, *European Law Journal* 9 (2003), 14-44, 23; *ders.*, Europarecht und das Politische (Fn. 18), 87, 93.

239 Haltern, Notwendigkeit (Fn. 18), 219.

240 Hierzu Mark Lilla, A New, Political Saint Paul? *The New York Review of Books* 55 (Nr. 16 vom 23.10.2008).



Prof. Dr. Thomas Gutmann

Curriculum vitae

Geboren am 2.1.1964 in Mühldorf in Bayern

1985–1990	Studium der Rechtswissenschaft, der Politischen Wissenschaften und der Philosophie in München
1990	Magister Artium in Politischer Wissenschaft und Philosophie
seit 1991	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Leopold-Wenger-Institut des Juristischen Seminars der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. H. Nehlsen)
1992/1998	Erstes und Zweites Juristisches Staatsexamen
2000	Rechtswissenschaftliche Promotion an der Ludwig-Maximilians-Universität München
2000–2006	Wissenschaftlicher Assistent am Juristischen Seminar der Ludwig-Maximilians-Universität, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Bayerische Rechtsgeschichte (Prof. Dr. H. Nehlsen); seit 2004 am Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. M. Franzen)
2005	Habilitation an der Fakultät für Philosophie, Wissenschaftstheorie und Religionswissenschaft der Ludwig-Maximilians-Universität München (Lehrbefugnis für Praktische Philosophie)

- 2006 Habilitation an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Neuere Privatrechtsgeschichte und Juristische Zeitgeschichte)
- 2006 Rufe an die Universitäten Münster, Bremen und Gießen
- seit 2006 Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Medizinrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
- seit 2007 Mitglied (Principal Investigator) des Exzellenzclusters „Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne“ an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
- seit 2009 Sprecher der Kolleg-Forscherguppe „Theoretische Grundfragen der Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik / Centre for Advanced Study in Bioethics“ an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
- 2010 Isaac Manasseh Meyer Fellow an der National University of Singapore

Wichtige Veröffentlichungen

Keeping ‘em down on the farm after they’ve seen Páree. Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriffs, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 83 (1997), S. 37–66.

Nietzsches ‘Wille zur Macht’ im Werk Michel Foucaults, in: Nietzsche-Studien. Internationales Jahrbuch für die Nietzsche-Forschung 27 (1998), Berlin: De Gruyter 1999, S. 377–419.

Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München: C.H. Beck 2001.

Würde und Autonomie. Überlegungen zur Kantischen Tradition, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 15 (2010), S. 5–34.

Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net), seit 2011 (hg. mit Michael Anderheiden, Bernhard Jakl, Stephan Kirste, Michael Quante, Frank Saliger, Hans-Christoph Schmidt am Busch und Lorenz Schulz).

Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen. Zum Verhältnis von Religion und Politik in der Philosophie der Neuzeit und in rechtssystematischen Fragen der Gegenwart, Tübingen: Mohr Siebeck 2012 (hg. mit Ludwig Siep, Bernhard Jakl und Michael Städtler).

Religion und Normative Moderne, in: Ulrich Willems/Detlef Pollack/Thomas Gutmann/Helene Basu/Ulrike Spohn (Hg.), Moderne und Religion. Kontroversen um Modernität und Säkularisierung, Bielefeld: Transcript 2013, S. 447–488.

Paternalismus und Konsequentialismus, in: Michael Kühler/Alexa Nossek (Hg.), Paternalismus und Konsequentialismus, Münster: Mentis 2014, S. 27–66.

Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, S. 93–116.

„Rechtswissenschaft“, in: Friedrich Jaeger/Wolfgang Knöbl/Ute Schneider (Hg.), *Handbuch der Moderneforschung. Interdisziplinäre und internationale Perspektiven*, Stuttgart/Weimar: B. Metzler'sche Verlagsbuchhandlung 2015, S. 222–236.

Säkulare Tabus. Die Begründung von Unverfügbarkeit, Berlin: Matthes & Seitz (Fröhliche Wissenschaft. Essays) 2015 (mit Bijan Fateh-Moghadam, Michael Neumann und Thomas Weitin).

Iustitia Contrahentium. Zu den gerechtigkeits-theoretischen Grundlagen des deutschen Schuldvertragsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2016.